Der

Mäklervertrag (pactum proxeneticum)

im

gemeinen Recht.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristischen Facultät zu Tübingen

zur Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt von

Freiherrn Franz von Koenig-Fachsenfeld

Geh. Legationssekretaer in Stuttgart.

Stuttgart.

Druck der J. B. Metzlerschen Buchdruckerei.

1896.

Der

Mäklervertrag (pactum proxeneticum)

im

gemeinen Recht.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristischen Facultät zu Tübingen

zur Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt von

Freiherrn Franz von Koenig-Fachsenfeld

Geh. Legationssekretaer in Stuttgart.

Stuttgart.

Druck der J. B. Metzlerschen Buchdruckerei.

1896.

Meinem Vater

in dankbarer Verehrung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552309_0175

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Litteratur über den Mäklervertrag.

§ 2. Das Wort „Mäkler“ Ursprung des Wortes, in der Litteratur vorkommende gleichbedeutende Namen.

§ 3. Begriffsbestimmung.

§ 4. Geschichtliches.

§ 5. Abgrenzung des Wirkungskreises der Privatmäkler von demjenigen der Handelsmäkler.

§ 6. Abschluss und Aufhebung des Mäklervertrags.

§ 7. Thätigkeit des Mäklers. Unterschied desselben vom Stellvertreter und Boten.

§ 8. Die Pflichten des Mäklers.

§ 9. Rechte des Mäklers, insbesondere das Recht auf Belohnung.

§ 10. Stellung des Mäklergeschäfts im Rechtssystem.

Abkürzungen.

Busch A.	=	Busch's Archiv für Theorie und Praxis des A. D. H.G.B's.
K.	=	Kuhn, Karl, Dr. juris in Weimar, „Die Lehre vom Mäklergeschäft" im Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. VI, S. 221 ff.
L.	=	Laband Dr. Paul „Die Lehre von den Mäklern mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zum D. H.G.B." in der Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft Bd. 20, S. 1 ff.
Motive	=	Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888).
R. G. E.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. O. H. G.	=	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
R. R.	=	Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts.
Seuff. A.	=	Seuffert's Archiv.
Z.	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

§ 1.

Litteratur über den Mäklervertrag.†)

I. Dissertationen.

H. Bodinus, (Joh. Friedr. Meyer) „de philantropo, vulgo vom Mäklergelde". Hal. Magdeb. 1699. 1713.

*H. Breuls, „de contractu commissionis". Gött. 1800.

Burlage, „de proxeneticis". Traj. 1853.

*Eisenberg, „de natura et indole mercat. procur". Cassel 1844.

*Faber, „de mercatura procurator". Tüb. 1829.

Johann Sigismund Findekeller, „de proxenetis". Argent. 1669.

Horst, „de proxenetico nuptiali, vulgo Kuppelpelz".

*J. Val. Leisnerus, „de proxenetis mercatorum". Erf. 1703.

Luehrsen, „de proxeneticis publicis". Gött. 1795.

Pfotenhauer, „de proxenetis". Vitemb. 1805.

Christ. Theoph. Reinhard, „de conciliatoribus nuptiarum". Vitemb. 1756.

Hieron. Fred. Schorch, „de proxenetis". Erf. 1766.

J. G. Silberrad, „de sensalibus, vulgo Mäkler". Altd. 1711, 1716.

Wincop, „de proxenetis". Erf. 1703.

---

†) **Anm.** Die in der gegenwärtigen Arbeit benützte Litteratur wird, wie üblich, im einzelnen an den geeigneten Stellen aufgeführt sein. Dennoch erschien eine Zusammenstellung der hauptsächlichen, von dem Mäklergeschäft handelnden Werke, soweit sie dem Verfasser während seiner Beschäftigung mit der vorliegenden Arbeit bekannt wurden, als zweckentsprechend. Einmal wird dadurch eine grössere Übersichtlichkeit der gesamten einschlägigen Litteratur erreicht und ferner kann bei den einzelnen Citationen hinsichtlich der Publikationsvermerke und anderer zum Nachschlagen wichtiger Punkte auf diese Zusammenstellung Bezug genommen werden.

Diejenigen Litteraturwerke, die mit einem Sternchen (*) versehen sind, behandeln vornehmlich das Institut der Handelsmäkler, sind aber indirekt auch für die Lehre von den Privatmäklern von Bedeutung.

II. Monographien, zusammenhängende Darstellungen und Aufsätze über den Mäklervertrag.

J. Cujacius, „observationum et emendationum libri septingentesimi, Lib. XI cap. 18, de Proxeneticis".

R. Ehrenberg (in Hamburg), „Makler, Hosteliers und Boerse in Brügge vom 13. bis 16. Jhrhndt." in Goldschm. Ztschrift Bd. 30, S. 403 ff.

*Goldschmidt, „Ursprünge des Mäklerrechts" in seiner Ztschrift Bd. 28, S. 115.

*Goldschmidt, „Gutachten über den Entwurf eines D. H.G.B." Erlangen 1860, in seiner Ztschrift Bd. III B. H. S. 42 ff.

*Dr. C. S. Grünhut, „Das Börsen- und Mäklerrecht und seine Neugestaltung in Österreich" in der Ztschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. II, S. 535 ff.

Heimbach sen. „Unterhändler" in Weiske's Rechtslexikon, Bd. XI, S. 613 ff.

Carolus Ferd. Hommelius, „Rhapsodia quaestionum". 1769 Vol. I—III, Obs. 160 u. 161, pag. 143 sequ.

*R. Koch, „Der preuss. Gesetzentwurf betreffend die Pflichten der Handelsmäkler" in Busch's Archiv, Bd. XII, S. 134 ff.

R. Koch, „Der Mäklervertrag und der Entwurf eines Deutschen Obligationenrechts", in der Deutschen Gerichtszeitung, herausgegeben von E. Hiersemenzel, N. F. Bd. II, S. 223 ff.

Dr. jur. Karl Kuhn in Weimar, „Die Lehre vom Mäklergeschäft" im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, N. F. Bd. VI, S. 221 ff.

Kraewel, Aufsätze über den Maklerlohn" in Gruchot's Beiträgen, Bd. 20, S. 683 ff.

Laband, Dr. Paul (in Breslau), „Die Lehre von den Mäklern mit besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zum D. H.G.B." in der Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 20, S. 1 ff.

*Lauterbach, Wolfgang Adam, „de jure in curia mercatorum usitato", Thes. 195—202.

*Joh. Marquardus, „Tractatus Politico-Juridicus de Jure mercatorum et commerciorum". Francof. 1662.

Josephus Mascardus, „Conclusiones". Francof. 1684, Vol. III, c. 1041.

Neubauer, Kammergerichtsrat in Berlin, „Der nichtkaufmännische Mäklervertrag in der Praxis, insbes. nach Preuss. Allgem. Landrecht" im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 6, S. 1 ff.

Pappenheim, Dr. Max in Berlin, „Kommissär und Dolmetscher" in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 29, S. 440 ff.

Dr. Puchelt, „Über das Mäklergeschäft mit besonderer Berücksichtigung auf das Grossherzogtum Baden" in Busch's Archiv Bd. 13, S. 403 ff.

*Christian Gottlieb Riccius, „Exercitationum juris cambialis duodecima“, Gött. 1781. „De Proxenetis cambiorum et mercium, von Wechsel- und Warenmäklern“.

C. Rocholl in Breslau, „Der Mäklervertrag de lege ferenda“ in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts. N. F. Bd. V, 20. Jahrg. S. 399 ff.

C. Rocholl, „Der Mäklervertrag“ in den Rechtsfällen aus der Praxis des Reichsgerichts, II. Bd. 1890, S. 71 ff.

*Claudius Salmasius, „De modo usurarum“. Lugd. Batav. 1639, p. 727 sequ.

*Claudius Salmasius, „De usuris“. Lugd. Batav. 1638, p. 150 sequ.

Beno Straccha, „De proxenetis atque proxeneticis“ Amstelod. 1658. Francof. 1593.

*Struck, Dr. Emil, „Die Effectenbörse nebst einem Anhange über die Entwicklung des Instituts der beeidigten Handelsmäkler während des 19. Jhrhunderts“ in Bd. III Heft 3 von Schmoller's Forschungen.

Titius, Gottlieb Gerhard. „Libri XII juris privati Romani Germanici“. Lips. 1724, lib. X cap. 6, „de Proxenetis“.

Tophoff in Münster, „Wie ist die Thätigkeit der nicht amtlich bestellten Handelsmäkler und der Civilmäkler nach Preuss. Recht aufzufassen?“, in Gruchot's Beiträgen Bd. 17, S. 784 ff.

Voigtel, Kreisrichter in Burg, in Busch's Archiv Bd. 4, S. 216 ff.

Weiske's Rechtslexikon, Bd. 7, S. 15; Bd. 7, S. 804 ff; Bd. 11, S. 613 ff.

Carolus Salomo Zachariae, „Liber quaestionum“. Wittenb. qu. 27, „de proxenetico“.

III. Pandektenkommentare.

Accursius, ad. Dig. L. 14.

Johannes Brunnemann, Commentarius in leges L. Pandectarum, ad lib. L. 14, Dig. Wittenb. 1731.

Jacobus Cujacius, „Paratitla in libros L. Dig.“ Coloniae 1577 ad Dig. lib. L. 14.

Jacobus Cujacius, „Paratitla in libros IX Codicis Justiniani repetitae prael“. Paris 1589, ad lib. V. 1. Cod.

Amadeus Eckolt, „Compendiaria Pandectorum“. Lips. 1680. ad Dig. lib. L. 14.

Glück, Bd. IV S. 356, Note 86.
„ XV S. 285 ff. § 955; S. 368 § 560.
„ XXII S. 445 ff. § 1194.

Augustinus a Leyser, Meditationes ad Pandectas“, Vol. XI. Lips. et Guelph 1748, Specimen 681 „de proxenetis“; Specimen 682 „de prox. nuptiarum“.

Lueder-Mencken, „Additiones ad G. A. Struvii Jurisprudentiam Romano-Germanicam.“ Jns. et Helmst. 1683; lib. III, Tit. II, 4.

Gerardus Noodt, editio H. M. Huguenin 1842; in Dig. libros XXVIII—L; ad Dig. lib. 50, 14.

Anton Perez, „Praelectiones in XII libros Codicis Justin. Imp.“ Tom. I, Colon. Agripp. 1707; ad. Cod. lib. V. 1.

Anton Schulting, „Notae ad Digesta,“ Tom. VII. Lugd. Batav. 1832, herausgeg. von Nicolaus Smallenberg ad Dig. lib. 50, 14.

Georg Adam Struvius, „Syntagma juris civilis cum additionibus Petri Mülleri Ilti.“

Pars. III. 1718. Francof. et Lips. Exerc. L. Dig. lib. 50, 14.
Pars. II. Exerc. 29. lib. 23, 1. Thes. 4, *ι*.
Pars. II. Exerc. 28. lib. 22, 5. Thes. 39, *π*.

Samuel Stryk, „Usus modernus pandectarum.“ Hal. Magdeb. 1729, ad lib. L. 14, Dig. Tom. IV.

Johannes Voet, „Commentarius ad Pandectas,“ Tom. II. Hagae Comitum 1731; ad Pand. lib. 50, 14.

Matthaeus Wesenbeccius, Commentarius in Pandectas juris civilis.“ Colon. Agripp. 1612; ad lib. 50, 14, Dig.

Joh. Jacob Wissenbach, „Exercitationes ad Pand.“ 1658 Franck. Frisiorum; ad lib. 50 Pand. Disputatio 47, N. 19 u. 20 „de proxenetis.“

IV. Lehrbücher des gemeinen Rechts und der modernen deutschen Privatrechte.

Arndts, „Lehrbuch der Pand.“ § 314, Anm. S. 507 (6. Aufl.).

Beseler, „System des gemeinen deutschen Privatrechts“, Bd. II § 227, S. 1027 ff. (4. Aufl.).

Curtius, „Handbuch des im Königreich Sachsen geltenden Zivilrechts.“ Leipzig 1831, (2. Aufl.), IV. Teil, § 1614—1618.

Dernburg, „Lehrbuch des preuss. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs“, Bd. II, § 190.

Eichhorn, „Deutsches Privatrecht“ § 387, S. 944 (3. Aufl.).

Gengler, „Lehrbuch des Deutschen Privatrechts“, I. Teil. Erl. 1854. § 108.

Gerber, „Deutsches Privatrecht“, § 158 b, S. 428 (12. Aufl.).

Glück, „Pand.“ (s. bei Abt. III).

Goeschen, „Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht“, Bd. II, Abt. II, § 513, § 652. Gött. 1839.

Hillebrand, „Lehrbuch des heutigen gem. deutschen Privatrechts“. Leipzig 1849, § 114.

v Holzschuher, „Theorie und Casuistik des gem. Zivilrechts“. Bd. II. Abt. II, Kap. XV, S. 802. Leipzig 1847.
v. Keller, „Pandekten“, § 345, S. 651. Leipzig 1861.
C. F. Koch, „Das Recht der Forderungen nach gem. und preuss. Recht“, Bd. III. Breslau 1843. § 230, S. 134.
Koch, „Lehrbuch des preuss. gem. Privatrechts“. Berlin 1851. Bd. I, § 413.
Makeldey, „Lehrbuch des heutigen röm. Rechts“. Giessen 1833. Bd. III, § 391 Ziff. 4.
Maurenbrecher, „Deutsches Privatrecht“, Bd. II, § 689 (2. Aufl.).
Mittermaier, „Grundzüge des gem. deutschen Privatrechts“. Regensburg 1843. Bd. II, § 539.
Mühlenbruch, „Lehrbuch des Pandektenrechts“, Bd. I, § 310 (3. Aufl. 1839).
Phillips, „Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts“. Berlin 1846. Bd. II, § 280.
Puchta, „Pandekten“. Leipzig 1852. § 315, S. 459 (6. Aufl.).
Puchta, „Vorlesungen über das heutige röm. Recht“, § 273. Leipzig 1873, (6. Aufl.).
Reyscher, „Württembg. Privatrecht“. Tüb. 1843. II, § 465.
Schweppe, „Das röm. Privatrecht“, III. § 572, S. 476; § 613, S. 547. Gött. 1831.
Seuffert, „Praktisches Pandektenrecht“, Bd. II, § 334 (3. Aufl.).
Sintenis, „Das prakt. gem. Zivilrecht“, II, § 119.
Thibaut, „System des Pandektenrechts“, II, § 334 (3. Aufl.).
Titius, Gottlob Gerhard, (s. unter Abt. II).
Unterholzner, „Lehre von den Schuldverhältnissen“. Leipzig 1840. II, § 521, S. 372 ff.
Vangerow, „Pandekten“, III, § 650 (1847).
Waechter, „Pandekten“, III, § 209, S. 478.
Weishaar, „Handbuch des Württ. Privatrechts“, III, § 1367.
v. Wening-Ingenheim, „Lehrbuch des gem. Zivilrechts“, II, § 227 (2. Aufl. 1825).
Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts“, II, § 404, insbes. Anm. 8 (7. Aufl.).

V. Lehrbücher des Handelsrechts und Commentare zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch.

*Anschütz und Voelderndorff, „Kommentar zum Allg. D. H.G.B.“, Erl. 1868, Bd. I, S. 462 ff. zu Art. 66 ff.; Bd. III zu Art. 272, Z. 4.

*Behrend, „Lehrbuch des Handelsrechts“. Leipzig 1886, Bd. I, Abt. I S. 392 ff.
*Bender, „Grundsätze des engeren Handlungsrechts ohne Rücksicht auf das Wechselrecht“. Darmstadt 1824, §. 56 ff.
*Brinkmann, „Lehrbuch des Handelsrechts“, § 121. Heidelberg 1853-1860.
*Endemann, „Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts“, III. Bd., § 308 ff, S. 132 ff. Leipzig 1885.
*Endemann, „Das Deutsche Handelsrecht“, § 9, § 188, § 189, § 190. Leipzig 1887 und Heidelberg 1865.
*Gareis, „Das Deutsche Handelsrecht“, § 10, § 22. Berlin und Leipzig 1888 (3. Aufl).
*Goldschmidt, „Handbuch des Handelsrechts“, § 55 (2. Aufl. 1875).
*v. Hahn, „Kommentar zum Allg. D. H.G.B.“, Bd. I, 7. Titel Vorbemerkung, S. 167, S. 199 ff.; Bd. II., S. 31 (1863).
*Keyssner, „Allg. Deutsches Handelsrecht“ zu Art. 66 ff., S. 72; zu Art. 272, Z. 4 (Stuttgart 1878).
*Makower, „Das Allg. D. H.G.B. mit Kommentar“ zu Art. 66, 81, 82, 272, Z. 4 (1890).
*Meno Poehls, „Darstellung des gem. Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute“. Hamburg 1828, § 47 ff., S. 110 ff.
*Puchelt, Kommentar zum Allg. D. H.G.B.“, Bd. II zu Art. 66—84, 272, Z. 4, 298, 321. Leipzig 1885 (3. Aufl.).
*Scherer, „Handbuch des Wechselrechts“, II. Teil (1800), S. 166, S. 192 ff.
*Thoel, „Das Handelsrecht“. Leipzig 1875. Bd. I, § 35 (5. Aufl.)

VI. Gesetzbücher; Beratungsprotokolle, Motive und Entwürfe zu denselben.

*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 66—84 und Art. 272, Z. 4.
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten vom 1. Juni 1794, Teil 1, Tit. 13, Abschn. 1; Teil 2, Tit. 8, Abschn. 10.
Bayrischer Entwurf von 1861, Teil II, Art. 702.
Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863, § 1254 bis § 1259.
Corpus juvis civilis. D. 50. 14. „de proxeneticis“ C. V. 1. „de sponsalibus et arris sponcaliciis et proxeneticis“.
Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse. Stuttgart 1864. Teil II, Hauptstück IV, Art. 733—738.

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Erste Lesung), § 580. (Zweite Lesung), §§ 587 u. 588.

Gewerbe-Ordnung für das Deutsche Reich vom 1. Juli 1883, § 35, Abs. 3; § 38, Abs. 2; § 148, Z. 4.

Motive zum Entwurf eines bürgerl. Ges.-B. f. d. D. R., Bd. II, S. 509—516.

*Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines Allg. Deutschen Obligationenrechts. Dresden 1865. S. 3718—3722.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allg. D. H.G.B., Teil I, S. 112 ff.

Schweizerischer Entwurf zu einem Obligationenrecht von 1869—72, Art. 335—337; von 1876, Art. 335—337 a.

Württbg. Gesetz vom 6. Mai 1852 betr. die Einführung einer kürzeren Verjährungsfrist, Art. 1 und 2.

VII. Sammlungen von Entscheidungen.

Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, herausgeg. von Adam Seuffert und Carl Glück, 1836—x. Bd. I S. 318; XII S. 184; XVI S. 80, S. 94; XVIII S. 272, S. 384; XXII S. 80; XXIX S. 333; XXXI Erg.-Bd. S. 339; XXXVIII S. 60; XXXIX S. 389; XL S. 168; XLII S. 8, S. 305; XLIII S. 23, S. 237; XLIV S. 207; XLVI S. 187; LI S. 417; LII S. 405.

Entscheidungen des Bayrischen obersten Landesgerichts: Bd. 1 201; II 467; IV 620; V 177; VI 498.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. I S. 258, IV S. 222, S. 290; VI S. 187, S. 188; XVIII S. 91, S. 163; XXII S. 378; XXIV S. 64; XXV S. 319, S. 340, S. 230.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. IV S. 49, S. 412 ff; VII S. 91, S. 101 f.; VIII S. 263; IX S. 40, S. 240; X S. 425 ff; XI S. 198, S. 241; XV S. 393 ff; XVI S. 1 ff; XXI S. 374; XXIII S. 20.

Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen von A. Bolze. Leipzig 1885 ff. Bd. I N. 971—975; II N. 921—923; III N. 638 bis 643; IV N. 645—649; V N. 579—584 b; VI N. 489—494; VII N. 499 bis 508; VIII N. 429—432; IX N. 320—326; X N. 413—415; XI N. 257 und 314—317 b; XII N. 387; XIII N. 368—373; XIV N. 362—365; XV N. 303—305; XVI N. 355—358; XVII N. 376—380; XVIII N. 384—393, N. 530; XIX N. 455—460.

Seufferts Archiv, Bd. II 105, 175; VI 57, 184, 275; IX 90, 203, X 43; XII 96, 155; XIII 14, XIV 27, 28, 124, 175, 176, 229; XV 164,

XVI 84; XVII 167; XVIII 60, 190; XIX 228; XXII 2, 39, 134; XXIII 272; XXV 129, 210, 282; XXVI 240, 278; XXVII 225; XXIX 125; XXX 21, 22, 102, 140; XXXIII 124, 125, 298; XXXIV 115, 202; XXXVII 306, 307; XXXIX 102, 208; XL 16, 41, 106; XLIII 108, 267; XLIV 249; XLV 13, 179; IL 89, 90, 247.

Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts Cassel, Bd. VII, S. 710 ff.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwendung des Kgl. Obertribunals, Bd. V S. 91; XIX S. 258; LIV S. 333; LXII S. 104; LXX S. 331; LXXIX S. 33; LXXXIII S. 122; LXXXIX S. 215; XCV S. 293; C S. 125.

Württembergisches Archiv, Bd. III S. 191; XI S. 180; XII S. 242; XV S. 433; XVIII S. 344.

VIII. Zeitschriften.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Dr. J. Kohler und V. Ring, Bd. VI. S. 1—53.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiet des Zivilrechts, Bd. 1, N. F. 1864, S. 337 ff.

*Archiv für Theorie und Praxis des A. D. H.G.B. von Busch, Bd. III S. 386, IV S. 152 ff., S. 184 ff., S. 216 ff.; VII S. 212; IX S. 61, S. 144 ff., S. 212; X S. 198; XII S. 134 ff.; XIII S. 403 ff.; XVIII S. 454; XIX S. 28; XXVIII S. 116, S. 368; XXXI S. 364; XXXII S. 258; XLVII S. 122 ff.

Beiträge zur Erläuterung des Preuss. Rechts von J. A. Gruchot Bd. V S. 446; XVII S. 784 ff.; XX S. 399 ff., S. 643 ff.; XXII S. 669 ff.; XXVIII S. 835 ff.

Deutsche Gerichtszeitung, neue Folge, Bd. II S. 223 ff.

Württembergisches Gerichtsblatt, Bd. XVIII S. 359 ff.

Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, herausgegeben von Linde, Marezell, Schroeter, N. F., Bd. VII S. 1 ff.

Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland, von M. Stenglein, N. F., Bd. I S. 255; IV S. 222 ff.; V S. 127 ff.

*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt, Bd. III, B. H., S. 42 ff.; V S. 453; VI S. 319, S. 391; VIII S. 172 ff., S. 573 f.; IX S. 121; X. S. 532; XI S. 314 ff., S. 176; XII, B. H., S. 82 ff., S. 175 ff.; XIV S. 183, S. 507 ff.; XVI S. 124 ff., XVII S. 506, S. 621 ff.; XX S. 220, S. 248, S. 534, S. 589; XXI S. 487; XXII S. 261 ff.; XXIII, B. H., S. 316; XXVIII S. 115, XXX S. 403 ff.

§ 2.

Das Wort „Mäkler", Ursprung des Wortes, in der Litteratur vorkommende gleichbedeutende Namen.

Das Hauptwort Mäkler, Makler, mit dem dazu gehörigen Zeitwort mäkeln, makeln, das in erster Linie in der Bedeutung von Zwischenhändler, Unterhändler, und zwar hauptsächlich von kaufmännischer Zwischen- und Unterhändler, aber auch in der Bedeutung von kleinlicher Tadler gebraucht wird, ist zunächst niederdeutschen und niederländischen Ursprungs. Es ist ein gemeinsames niederländisches und niederdeutsches Kaufmannswort, wie Grimm in seinem deutschen Wörterbuch unter dem Worte Makler sich ausdrückt und hiess auf niederdeutsch *mekeler*, auf niederländisch *maeckelaer*. Das niederdeutsche Zeitwort *mäkeln*, das eine Weiterbildung des niederdeutschen *maken* ist, würde buchstäblich einem hochdeutschen *mächeln* aus *machen* entsprechen, was auch thatsächlich im fünfzehnten Jahrhundert durch *mecheler* = Unterkäufer und durch eine weibliche Form *mechele* = Kupplerin bezeugt wird. Aus dem niederdeutschen *mekeler* und *makeler* ist unser Mäkler, Makler, aus dem niederländischen *mackelaer* das heutige holländische *makelaar* geworden. Neben Mäkler und Makler, *mekeler* und *makeler* trifft man in älteren Schriften auch die Worte *mäckler*, *mackler*, *mäkeler*, *mäcker*, *meker*, *mäker* und *mäkker*.[1]) [2])

Von Namen anderen Ursprungs, die ungefähr das Nämliche bedeuten wie das Wort Mäkler sind noch heute in Deutschland allgemein üblich: Vermittler, Unterhändler, Agent[3]), Sensal[4]) — der Ausdruck Sensal wird übrigens richtigerweise nur auf die amtlichen Handelsmäkler des A. D. H.G.B. angewandt. Die Mäkler und insbesondere die Privatmäkler werden

---

Anm. 1. Im Altfriesischen heisst *mekere* der Heiratsstifter, der Unterhändler. Im Altfranzösischen findet sich *maquerel*, im Neufranzösischen *maquereau* in der Bedeutung von Kuppler. Im Englischen ist noch heute das Wort *mackerel* im Sinne von Kuppler gebräuchlich.

Anm. 2. Über das bisher in diesem Paragraphen Gesagte ist zu vergleichen: Dr. Daniel Sanders „Das Wörterbuch der deutschen Sprache" und „Deutsches Wörterbuch" von Jacob und Wilhelm Grimm.

Anm. 3. Der Begriff „Agent" ist zu allgemein, um juristisch verwendbar zu sein; im täglichen Verkehr wird er vielfach im Sinn von Geschäftsvermittler gebraucht.

Anm. 4. Über die Entstehung des Wortes „Sensal" giebt die eingehende Abhandlung Goldschmidt's in Z. 28, S. 122 ff. genauen Aufschluss, desgl. L., S. 18 ff.

heutzutage auch häufig Kommissionäre, und ihre Thätigkeit Kommissionsgeschäft genannt, doch ist diese Bezeichnung zu vermeiden, da sie leicht zu Verwechslungen mit der kaufmännischen Kommission führt und damit die schon an sich bestehende Unklarheit über den rechtlichen Charakter des Mäklervertrags noch zu erhöhen geeignet ist. Diese Kommissionäre, d. h. die Inhaber von Kommissionsbureaux [5]), haben mit den Kommissionären des vierten Titels des vierten Buchs des A. D. H.G.B. gar nichts zu schaffen, sondern sind, wenn sie gewerbsmässig Handelsgeschäfte vermitteln, Privathandelsmäkler, wenn sie Nichthandelssachen betreiben, Privatmäkler. Von veralteten Namen sind zu nennen: Kaufmannshändler, Unterkäuffler, Markthelfer, Fürkäuffer, Beyläufer, Umlaufer, Gaembler, Bönhase [6]) u. a. m.[7]) [8])

Die lateinischen quellenmässigen Ausdrücke sind vor allem: *proxeneta* [9]) vom griechischen *προξενητής* (*προξενεῖν*), *mediator* [10]), *internuncius* [11]), *minister* (*medius*) [12]), *pararius* [13]), *intercessor* [14]); ferner sind zu erwähnen eine Unzahl spätlateinischer Namen, die in den oben in § 1 angeführten Dissertationen [15])

Anm. 5. Unter den sogenannten Kommissionsbureaux versteht man die in den meisten Städten bestehenden Geschäfte, die sich mit der Vermittlung von Kapitalanlagen, Geldaufnahmen, Liegenschafts-An- und Verkäufen, Wohnungs- Miet- und Vermietverträgen, Dienstbotenverdingungen und ähnlichen Geschäftsvermittlungen abgeben.

Anm. 6. Boenhase bedeutet nach Grimm's „Deutschem Wörterbuch" soviel wie Pfuscher, Stümper und soll ursprünglich Bodenhase geheissen haben. Zur Erklärung des Ausdrucks findet sich an besagter Stelle folgendes: Bodenhase sei namentlich genannt worden ein Schneider, der kein Meister ist und heimlich auf der Bühne, auf dem Boden arbeitet, also wie ein gejagter Hase auf den Boden flüchtet. Die Herleitung von dem griechischen Wort *βανανσος*, der auch Lessing beipflichtet, erklärt Grimm für zu gelehrt. Letztere Ableitung erscheint mir weniger verblüffend als die erstere.

Anm. 7. Vgl. Scherer, Handbuch des Wechselrechts, Teil II, S. 166; Bender S. 133; Z. 28, S. 118 ff.

Anm. 8. Bemerkt mag noch werden, dass im Kohlenhandel der Mäkler „Redemeister" heisst.

Anm. 9. Dig. 50. 14.

Anm. 10. Nov. 90, cap. 8; nov. 123, cap. 2; Findekeller pars I, cap. 1, sectio 3.

Anm. 11. L. ult. D. de sponsalibus 23. 1.

Anm. 12. Nov. 134, cap. 10 pr.; L. 15, § 2 D. ad municipalem 50. 1.

Anm. 13. Cujacius obs. 11, cap. 18; Seneca de beneficiis II, c. 23; III, c. 15; Struvius „Syntagma juris civilis" pars II, exerc. 28, lib. 22, tit. 5, thes. 39 sagt: *proxeneta dicitur etiam Pararius, qui intercedit inter Emptorem et Venditorem.*

Anm. 14. Seneca epistol. 119.

Anm. 15. Cf. auch Goldschmidt in Z. 28, S. 118 ff. und Anm. 4—8, ferner Riccius exerc. XII, § 2; Leyser spec. 681 N. 1; Bender § 57, S. 133; und insbesondere Straccha pars 1 er. 11 sequ.

aufgezählt sind, so z. B. *philanthropus*[16]), *interpres*[17]), *mercurius*[18]), *homo mediastinus, interpolator, interposita persona, conciliator et interlocutor, interemptor, prolocutor et amabilis tractator, censarius, censalis, curritor, currator, curraterius* u. a. m.

In Frankreich sind heutzutage hauptsächlich gebräuchlich die Ausdrücke *courtier, médiateur, entremetteur;* in Italien *mezzano* und *arbitro*, in England *broker 19.*

Fast ebenso zahlreich wie für das Wort Mäkler sind die Synonimen für Mäklerlohn; es sollen nur einige wenige beispielsweise hier angeführt werden, so finden sich im corpus juris civilis die Ausdrücke: *proxeneticum*[20]), *philanthropum, praemium, ἑρμηνευτικόν, honorarium*, in spätlateinischen Schriften ausserdem: *interpondium, interpetitium, aes pararium, salarium* und andere mehr[21]).

Bei uns ist neben Mäklerlohn am gebräuchlichsten Mäklergeld, Mäklergebühr, Sensarie, Courtage und das nahezu veraltete „Verehrung"; für Heiratsvermittlung ist noch heute in geringschätzendem Sinne die Bezeichnung „Kuppelpelz" üblich.

Was die in der vorliegenden Arbeit für den Begriff des Mäklers zur Anwendung kommenden Bezeichnungen betrifft, so werden die Ausdrücke „amtlicher Handelsmäkler" und „Privathandelsmäkler" ausschliesslich den Handelsmäklern im Sinne des Art. 66 ff. bezw. des Art. 272 Ziffer 4 des A. D. H.G.B. vorbehalten. Ebenso werden die Nichthandelsmäkler, wenn es sich darum handelt, den Unterschied derselben von den Handelsmäklern hervorzuheben, stets als Privatmäkler, Zivilmäkler, *proxenetae* bezeichnet werden. Im übrigen

---

Anm. 16. Den Namen *philanthropus* sagt Riccius in § 2 des 12. Abschnittes seiner exercitatio juris cambialis führen die Mäkler, *quod amant homines et, ut in amorem et negotiationem conjungantur, procurant laborantque!;* siehe auch Bodinus cap. 1, thes. 1: *Derivatur autem vox Philantropi ex graeca voce φιλος amicus et ανθρωπος homo ut quasi hominum conciliator dicatur.*

Anm. 17. Cujacius: Paratitla in libros L Dig. ad Dig. 50. 14.

Anm. 18. Pruckmann, Consil. 50, N. 249.

Anm. 19. Goldschmidt in Z. 28, S. 118 ff. (Anm. 4 und 8) giebt Aufschluss über die Herleitung der Worte *broker* und *courtier.*

Anm. 20. Dass für die Belohnung des *proxeneta* schon im römischen Recht eine eigene Bezeichnung geschaffen wurde, mag neben anderen mannigfachen Momenten auch als Beweis dafür dienen, dass dem Mäklerinstitut eine selbständige Stellung im Rechtssystem zukommt.

Anm. 21. Cf. die in Anm. 15 aufgezählten Schriftsteller an den citierten Stellen u. a. O., insbesondere Straccha pars 1 er. 14 ff.; ferner von Dissertationen Bodinus cap. 1, thes. 3; Schorch § 5; Findekeller pars I, cap. 1, sectio 4; Silberrad cap. 4, § 10.

wird, wo eine Verwechslung der verschiedenen Kategorien ausgeschlossen erscheint, der Abwechslung im Ausdruck wegen die Bezeichnung: Mäkler, Vermittler, Unterhändler gleichwertig neben einander zur Anwendung gelangen.

§ 3.

Begriffsbestimmung.

Unter den älteren Definitionen von Mäkler und Mäklergeschäft ist am bekanntesten diejenige des Cujacius im 18. Kapitel des 11. Buchs seiner „observationes et emendationes“ [1]). Dort heisst es gleich zu Anfang: *Proxenetica sunt praemia, quae debentur interpretibus et parariis. Hi sunt qui Graece proxenetae dicuntur, quorum scilicet beneficio et interventione inter duos pluresque negotia contrahuntur vel nomina vel nuptiae vel amicitiae vel judici consiliarius adjungitur.* Die Definition des Cujacius ist von den meisten späteren Schriftstellern teils wörtlich, teils mit nur unwesentlichen Abänderungen übernommen worden, so z. B. von Wissenbach [2]), Brunnemann [3]), Eckolt [4]).

Weniger scharf ist die Definition des Accursius [5]): *proxeneta est, qui inquirit voluntates aliquorum vel ad munera vel ad contractus vel ad amicitias faciendas vel similia.*

Andere selbständige und eigenartige Definitionen finden sich bei Gerardus Noodt [6]): *interpres est, cujus interventu inter duos pluresque aliquid contractum est*; bei Samuel Stryk [7]): *proxeneta est, qui in negotiis conciliandis ministerium suum accomodare solet*; bei Riccius [8]): *proxeneta est persona, quae ad negotia licita inter duos pluresve concilianda vel componenda ministerium suum ac operam adhibet*; bei Straccha [9]): *proxeneta est, qui in negotiis licitis partium voluntates inquirendo earundem consensu cum salario vel sine ministerium accomodat et operula ista defungitur* [10]).

Anm. 1. Die nämliche Definition findet sich bei Cujacius „Paratitla in libros L. Dig.“ (50. 14).

Anm. 2. Wissenbach l. c. Disput. 47, Note 19.

Anm. 3. Brunnemann l. c. ad Dig. 50. 14, Note 1.

Anm. 4. Eckolt l. c. ad Dig. 50. 14.

Anm. 5. Accursius in Rubr. Dig. *de proxeneticis.*

Anm. 6. Gerardus Noodt in Dig. libros 28—50, Dig. 50. 14.

Anm. 7. Samuel Stryk, Usus modernus ad Dig. 50. 14, Tom. 14, § 1.

Anm. 8. Riccius l. c. § 1.

Anm. 9. Straccha p. 1 er. 3.

Anm. 10. Über weitere Definitionen sind zu vergleichen Schorch § 2; Findekeller p. 1. cap. 2, sect. 1; Silberrad cap. 1, § 8; Straccha p. 1 er. 1 ff.; Bo-

Unter allen diesen Begriffsbestimmungen allgemeiner Natur erscheint auch heute noch diejenige des Cujacius als die beste. Wörtlich übersetzt, unter Weglassung der darin enthaltenen Detailausführungen, lautet dieselbe: „Mäkler sind diejenigen Leute, durch deren Vermittlung zwischen zwei oder mehreren Personen Geschäfte abgeschlossen werden".

Ich möchte mir diese Definition zu eigen machen, indem ich unter Umstellung der Worte sage: „Mäkler ist, wer die Vermittlung von Geschäftsabschlüssen für andere betreibt". Da aber die Thätigkeit des Mäklers eine rechtliche Bedeutung erst dadurch erhält, dass ihm für seine Bemühungen ein Lohn zu Teil wird, so müssen in die Definition noch die Worte „gegen Belohnung" aufgenommen werden[11]). Unter diesen vervollständigten Begriff: „Mäkler im rechtlichen Sinn ist, wer die Vermittlung von Geschäftsabschlüssen für andere gegen Belohnung betreibt", lassen sich sowohl die amtlichen Handelsmäkler als auch die Privathandelsmäkler als endlich die Privatmäkler unterbringen und bedarf es nur eines kurzen Zusatzes um sie gegenseitig abzugrenzen, indem für den amtlichen Handelsmäkler und den Privathandelsmäkler, wie in § 5 nachher ausgeführt werden wird, das Moment der Gewerbemässigkeit der Thätigkeit und die Eigenschaft des Geschäfts als eines Handelsgeschäfts, für den amtlichen Handelsmäkler ausserdem seine amtliche Bestellung hinzukommt, während für die Privatmäkler die gewerbemässige oder nichtgewerbemässige Vermittlung von Nichthandelsgeschäften und die nichtgewerbemässige Vermittlung von Handelsgeschäften das Unterscheidungsmerkmal bildet.

Die Definition bietet den weiteren, für eine allgemeine Abhandlung über das Mäklergeschäft nicht zu unterschätzenden Vorteil, dass sie sich darüber nicht ausspricht, unter welche Kategorie von Rechtsgeschäften der Mäklervertrag zu stellen ist, somit als zutreffend erscheint, einerlei ob das Verhältnis des Mäklers zu seinen Mitkontrahenten von den Gesetzen und der Iudicatur der verschiedenen Länder als Mandat, als *locatio conductio operis* oder *operarum*, als Vertrag über Handlungen oder als ein selbständiger Vertrag angesehen wird[12]).

Es könnte jener Begriffsbestimmung dagegen der Vorwurf gemacht werden, ein Vorwurf, der übrigens auch das A. D. H.G.B. in Art. 66 träfe, nämlich derjenige, dass das zu definierende Wort „Mäkler", das ja identisch mit „Ver-

---

dinus cap. 2, thes. 4. Bei den genannten Schriftstellern sind ausser ihren eigenen Definitionen noch zahlreiche Anderer aufgeführt, insbesondere bei Straccha l. c.

Anm. 11. Dass auch Cujacius den Mäklerlohn als einen wichtigen Bestandteil des Mäklergeschäfts ansieht, geht aus seiner Definition ohne weiteres hervor. Nur wer ein *proxeneticum* erhält, kommt für ihn als Mäkler rechtlich in Betracht.

Anm. 12. Cf. § 10. der vorliegenden Arbeit.

mittler“ ist, unter Benützung des Wortes „Vermittlung“ erklärt und somit bei der Definition ein mit dem zu definierenden Worte gleichbedeutender Ausdruck benützt wird. Dieser Fehler findet sich in beinahe allen neueren Definitionen des Wortes „Mäkler“ wieder[13]) und hat seinen Grund darin, dass es keinen kurzen Ausdruck in der deutschen Sprache giebt, durch welchen der Begriff „vermitteln“ in erschöpfender Weise umschrieben und erklärt werden könnte. Der besagte Fehler lässt sich übrigens dadurch verbessern, dass man in einem Nebensatz jene Vermittlungsthätigkeit näher beschreibt[14]); er lässt sich endlich ganz vermeiden, wenn man nicht den Begriff des Mäklers definiert, wie es alle Schriftsteller des früheren und späteren Mittelalters in der Übung gehabt haben, sondern, wie dies in der Neuzeit allgemein üblich ist, den Begriff des Mäklervertrags der Definition zu Grunde legt.

Die Praxis der älteren Schriftsteller, den Begriff des Mäklers und nicht denjenigen des Mäklervertrags zu bestimmen, hängt vornehmlich mit dem spätmittelalterlichen Institut der beeideten Mäkler zusammen. Nur wer öffentlich bestellt und beeidigt war, durfte damals das Mäklergewerbe betreiben, von Anderen abgeschlossene Vermittlungsgeschäfte wurden rechtlich nicht beachtet; man musste daher vor allem wissen, wer überhaupt Mäkler sei und worin dessen Thätigkeit bestand; war dann eine Person als gesetzlich zugelassener Mäkler bekannt und wurde mit einem solchen ein Vertrag über Vermittlung von Rechtsgeschäften eingegangen, so konnte dieser ohne Weiteres als Mäklervertrag gelten. Seitdem aber das Unterhändlergewerbe freigegeben worden ist[15]), kommt es nicht mehr darauf an, zu wissen, ob jemand von Beruf Mäkler ist oder nicht, da ja jedermann Privatmäklergeschäfte giltig abschliessen kann, wohl aber ist es wichtig zu erfahren, welche Bedingungen der mit einem Vermittler abgeschlossene Vertrag aufweisen muss, um als Mäklervertrag rechtlich in Betracht zu kommen, daher heutzutage die Gewohnheit, nicht den Begriff des Mäklers, sondern des Mäklervertrags festzulegen. Die Definition des Mäklervertrags kann selbstverständlich je nach der Stellung, die man demselben im Rechtssystem einweisst, ganz verschieden ausfallen. Eine

---

Anm. 13. Zu vgl. K. S. 227; Gareis „Das Deutsche Handelsrecht“ § 22, S. 118; Endemann „Das Deutsche Handelsrecht“ (1865 erste Aufl.) § 164, S. 769.

Anm. 14. So z. B. definiert Dr. Karl Gareis in § 22 seines „Deutschen Handelsrechts“ die Mäkler als diejenigen Personen, welche sich ein Geschäft daraus machen, den Abschluss von Rechtsgeschäften zu vermitteln, indem sie den ihnen mitgeteilten Wunsch und Willen des einen der Kontrahenten einen bestimmten Vertrag abzuschliessen, einer anderen Person mitteilen, welche ihrerseits geneigt ist, jenen Vertrag abzuschliessen, mithin Angebot und Nachfrage konkreter Personen mit einander in thatsächliche Beziehung bringen.

Anm. 15. Zu vgl. den Text in § 4 der vorliegenden Arbeit bei Note 23.

allgemeine Abhandlung über das Mäklergeschäft wird aber bestrebt sein müssen, eine Definition zu finden, die einerseits nicht von vornherein dem Mäklervertrag einen ganz bestimmten rechtlichen Charakter erteilt, andererseits doch so generell gehalten ist, dass sie mit den einzelnen rechtlich verschiedenen Auffassungen nicht im Widerspruch steht. Diesen Erfordernissen dürfte folgende Definition genügen: Mäklervertrag ist die an besondere Formen nicht gebundene Übereinkunft zwischen Vermittler und Gegenpartei, wonach ersterer gegen Lohn für das Zustandekommen bestimmter (von der Gegenpartei gewünschter) Geschäftsabschlüsse bemüht zu sein verspricht.

§ 4.

Geschichtliches.

Unsere Kenntnis von dem *pactum proxeneticum* und von der Thätigkeit der *proxenetae* bei den Römern schöpfen wir, abgesehen von einigen Stellen bei Seneca [1]), die übrigens nicht viel Wertvolles enthalten, einzig und allein aus dem bekannten 14. Titel des 50. Buches der Pandekten „de proxeneticis“ und aus der lex 6 Cod. „de sponsalibus et arris sponcaliciis et proxeneticis“ 5. 1 [2]). Es wäre jedoch falsch, aus diesem Mangel an Mitteilungen über das Mäklergeschäft den Schluss ziehen zu wollen, das Unterhändlergewerbe sei bei den Römern spärlich betrieben worden; ich glaube im Gegenteil gerade auf Grund jenes Titels der Digesten, der in lex 3 von eigenen Schreibstuben berichtet, welche die Vermittler damals besessen haben, darauf schliessen zu dürfen, dass in Rom — wenigstens zu Ulpians Zeiten — das Mäklergewerbe, wenn auch nicht in hohem Ansehen [3]), so doch in bedeutender Blüte stand.

Anm. 1. Seneca: de beneficiis II, c. 23, III, c. 15; epistol. 119.

Anm. 2. Letztere Stelle bezieht sich lediglich auf die Heiratsvermittlung und ist für das heutige Recht nur von untergeordneter Bedeutung, weil sie von Cujacius, aus dem verloren gegangenen 54. Buch der Basiliken eingeschoben, nicht glossiert, nicht recipiert und deshalb *in foro* nicht gültig ist.

Anm. 3. Eine besonders geachtete Stellung unter den Gewerbetreibenden haben die Unterhändler zu keiner Zeit eingenommen. Ältere Schriftsteller z. B. Schorch § 3, Johannes Marquardus in lib. I, cap. 8, N. 61; Silberrad cap. II, § 10 berufen sich mit Vorliebe auf eine Stelle von Horaz im zweiten Buch der Satiren, um nachzuweisen, dass zu jener Zeit in Rom das Mäklergewerbe keines grossen Ansehens sich erfreute. Als Beweismittel möchte ich jene Stelle nicht ansehen, doch mag sie immerhin erwähnt werden. Ganz besonders scharf drückt sich Joh. Marquard. an dem soeben genannten Orte aus. Dort heisst es: *Communiter vero ex decoctoribus fallitis et foro*

Selbst wenn jeder quellenmässige Beleg für das Vorhandensein von Unterhändlern aus den frühesten Zeiten fehlen würde, so könnte man dennoch keinen Augenblick darüber im Zweifel sein, dass es solche zu allen Zeiten und in allen Ländern[4]) gegeben hat, denn wo immer Menschen zusammenleben und zusammen verkehren, überall findet sich bald Gelegenheit, in deren Verhältnisse vermittelnd einzugreifen und als unbeteiligter Dritter ihnen mit Rat und That beizustehen.

Diese ursprüngliche Art der Vermittlung umfasst naturgemäss zuerst interne Familienangelegenheiten, wie z. B. die Anbahnung von Verlöbnissen bezw. Heiraten, die Abfassung von Familienbündnissen und Freundschaftsverträgen[5]) und erst in zweiter Linie wird sie sich auf Geschäfte allgemeiner Natur, wie z. B. Tausch-, Kauf- und Darlehensverträge erstrecken. Dass bei allen diesen Geschäften die Vermittlungsthätigkeit Anfangs einen privaten Charakter zeigt und erst später zum Gewerbe wird, liegt in der Natur der Beschäftigung. Von einem gewerbsmässigen Betriebe kann man erst

---

cedentibus hoc hominum genus pullulat idque auctoritate Horatii, qui libro II, Satyr. 3 de Damasippo Conturbatore et Proxeneta ita canit:

Postquam omnis res mea Janum,
Ad medium fracta est, aliena negotia curo
Excussus propriis . . .

unde vulgo apud nos de ejusmodi Damasippis redivivis et nostri seculi exmercatoribus dicitur „Ein bedorven Koopman ist ein gut Mekeler". Friedrich Pruckmann cons. 50 n. 245 nennt die Mäkler *sordidum vileque genus hominum*. ein Ausspruch, der seither beinahe in allen Abhandlungen über die Mäkler sich wiederfindet. Ähnliche Aussprüche trifft man bei Straccha pars II er. 4; p. III er. 21 er. 35; Findekeller p. I, cap. 1, sectio 4, cap II, sectio 2. Übrigens gebraucht schon l. 3, Dig. 50. 14 den Ausdruck *sordidum*. Auch in heutiger Zeit stehen die Vermittler im allgemeinen, hauptsächlich aber die nicht kaufmännischen Agenten, Unterhändler und Kommissionäre bei einem grossen Teil des Publikums in sehr zweifelhaftem Renommée (s. z. B. L. S. 13, Meno Pöhls S. 110, K. S. 225; R. R. II, S. 74; Gr. Beitr. XX, S. 400).

Anm. 4. Heeren in seinem Buch „Ideen über die Politik, den Verkehr und den Handel der vornehmsten Völker der alten Welt" spricht im ersten Abschnitt, der über die Ägypter handelt, davon, dass in Ägypten die Vermittler (Dolmetscher) im Zeitalter Psammetichs eine eigene Kaste gebildet haben. Dass die Unterhändler in Griechenland weit verbreitet waren, lässt sich schon aus den zahlreichen griechischen Bezeichnungen für dieses Gewerbe schliessen z. B. *προπώλης*, *ἑρμηνεύς* und insbesondere das von den Römern später adoptierte *προξενητής* (vgl. a. Salmasius de usuris § 331: *interpretum inter vendentes et ementes maximus olim in Graecia usus fuit etc. etc.*). An dieser Stelle verdient Goldschmidt's vorzügliche Abhandlung über die „Ursprünge des Mäklerrechts" (Z. 28, S. 115 ff.) Erwähnung, wenn sie auch in erster Linie das handelsrechtliche Institut der Mäkler betrifft, und damit im Zusammenhang die Arbeit von Dr. Max Pappenheim „Kommissionäre und Dolmetscher" (Z. 29, S. 440 ff.).

Anm. 5. Von *proxeneta condicionis vel amicitiae* spricht schon l. 3, Dig. 50. 14. In der glossierten Florentina erhält das Wort „condicio" seine nähere Erklärung durch

dann reden, wenn mit der Zunahme der Bevölkerung und mit der Steigerung des geschäftlichen Verkehrs an einem Orte eine besondere Klasse von Personen sich herausbildet, die, mit den erforderlichen Eigenschaften und Kenntnissen ausgestattet, ausschliesslich oder doch in hervorragender Weise mit der Vermittlung fremder Geschäfte sich abgeben und in dieser Thätigkeit ihren ständigen Erwerb suchen.

Am längsten wird sich der private Charakter der Mäklerthätigkeit bei der oben erwähnten Vermittlung von Familienangelegenheiten erhalten, wogegen die Vermittlung der übrigen Rechtsgeschäfte ungleich früher die Gestalt eines Gewerbes anzunehmen pflegt. Dies hat auch seinen berechtigten Grund. Es liegt im Interesse einer jeden Familie, ihre inneren Angelegenheiten Fremden gegenüber so geheim als möglich zu halten. Wird deshalb von einer Familie die Verbindung mit einer anderen durch Heirat oder einen sonstigen Freundschaftsvertrag gewünscht, so wird in früheren Zeiten und auch heutzutage dieses Geschäft meistens nicht beliebigen dritten Personen, sondern Verwandten oder guten Bekannten übertragen, in deren Verschwiegenheit und wohlmeinende Gesinnung man unbedingtes Vertrauen setzen kann[6]). Besondere Kenntnisse werden bei dieser Art von Vermittlung von Seiten der Mittelspersonen gewöhnlich nicht gefordert; die Besorgung erfolgt deshalb regelmässig unentgeltlich.

Ganz anders verhält es sich mit Kauf-, Tausch- und Darlehensverträgen; die Vermittlung dieser und anderer ähnlicher Geschäfte wird

---

Hinzufügung von *ad matrimonium*, so dass *condicio ad matrimonium* soviel wie „Anwerbung" heisst und der *proxeneta condicionis* Heiratsvermittler bedeutet. Unter proxeneta amicitiae ist ein Vermittler von Familienbündnissen zu verstehen. Cf. Straccha p. II, cr. 16; Silberrad cap. 3, § 2; Findekeller p. II, cap. 3, sectio 3. Zu vergleichen sind ferner die Definitionen des Accursius, Cujacius und anderer in § 3 dieser Arbeit, in denen die Vermittlung von *nuptiae* und *amicitiae* als ein wesentlicher Bestandteil der Mäklerthätigkeit stets Erwähnung findet. Auch mag darauf hingewiesen werden, dass schon im Griechischen προξενεῖν τινά τινι in dem Sinne gebraucht wird, jemandem eine Person zur Frau verschaffen. Endlich soll nach Analogie alter Doktordissertationen z. B. Silberrad cap. II, § 1, Bodinus cap. II, thes. 1, Findekeller p. II, cap. I auch die Brautwerbung Rebecca's für Isaak durch Vermittlung von Abrahams Knecht aus *Genesis 24* citiert werden. Über die Vermittlung von „assessurae" (cf. Dig. 50. 14) giebt deutliche Auskunft Findekeller p. II, cap. 3, sectio 3: *judices multitudine negotiorum ita obruti, ut omnibus satisfacere nequirent, Assessores quaerebant Juris studiosos, qui in his ipsis assiderent et quo facilius eos haberent, quaerere solebant eos per proxenetas* (cf. a. Silberrad cap. 3, § 3).

Anm. 6. Einen gewerbsmässigen Charakter wird die Heiratsvermittlung erst in sehr vorgeschrittenen Kulturepochen annehmen; so in Rom zu Ulpians Zeiten, wie aus der lex 6, Cod. 5. 1 geschlossen werden darf, so heutzutage, wie man aus den zahlreichen Heiratsvermittlungsbureaux und den vielfachen hierauf bezüglichen Zeitungsannoncen tagtäglich zu ersehen Gelegenheit hat.

schon viel früher fremden Personen überlassen und hierdurch der Begründung einer eigenen Berufsklasse von Unterhändlern Vorschub geleistet. Dazu kommt noch die besondere Art und Weise, wie in älteren Zeiten der Handelsverkehr vor sich ging. Die Kaufleute waren damals zum grossen Teile nicht an einem bestimmten Orte ansässig, sondern wanderten mit ihren Waren von Platz zu Platz. Sie betrieben eine Art von Hausierhandel im grossen Stil. Da nun diesen Wanderkaufleuten, zumal beim Beginne ihrer Thätigkeit, die Kundschaft fehlte, so waren Unterhändler, die für den Absatz ihrer Waren Sorge trugen, ihnen sehr willkommen. Kam die Bekanntschaft der Unterhändler mit den lokalen Verhältnissen auf der einen Seite dem fremden Kaufmann zu gut, so konnte andererseits die durch lange Erfahrung gereifte Warenkenntnis der Vermittler dem einheimischen Käufer nur nützlich sein und es lässt sich sehr wohl denken, dass ein bedeutenderes Geschäft mit jenen wandernden Kaufleuten kaum ohne die vermittelnde Thätigkeit der Unterhändler abgeschlossen wurde[7]). Platz- und Geschäftskenntnisse wurden nunmehr neben anderen Kenntnissen von selbst zur Vorbedingung für den Betrieb des Mäklergewerbes; sobald aber der Unterhändler erst einmal gezwungen war, sich besondere Kenntnisse zur Ausübung seiner Thätigkeit anzueignen — man denke unter anderem auch an die Erlernung fremder Sprachen, um als Dolmetscher bei Vertragsverhandlungen zu dienen[8]) — so verlangte er naturgemäss eine Belohnung für seine Mühe. Der Leistung auf Seiten des Vermittlers trat die Gegenleistung auf Seiten des Auftraggebers gegenüber. Mit dieser Thatsache wurde das Mäklerwesen ein rechtlich

---

Anm. 7. Die soeben gegebene Schilderung des Handelsverkehrs in früheren Zeiten passt vornehmlich auf die europäischen Handelsstaaten des Mittelalters, doch wird man annehmen dürfen, dass auch bei den Ägyptern, Griechen, Phöniziern, Römern und überhaupt allen Kulturvölkern der Handel zu Anfang in ähnlicher Weise betrieben wurde. (Zu vgl. L. S. 11, Struck S. 187, desgl. Salmasius de usuris S. 331, der die Anfänge des Mäklerwesens in die Zeiten verlegt, in denen der Warenaustausch noch ohne Benützung von Geld vor sich ging.)

Anm. 8. Für den historischen Zusammenhang des Mäklergeschäfts mit dem Dolmetschertum geben interessante Belege aus dem orientalisch-italienischen Verkehr Goldschmidt in Z. 28 S. 121 ff., aus dem nordisch-mittelalterlichen Verkehr Dr. Max Pappenheim in Z. 29, S. 440 ff. Matthäus Wesenbeccius in seinem Pandekten kommentar sagt von den Mäklern: *Dicti sunt proxenetae ab προξενεῖν quod significat conciliare maxime hospites ac ignotos diversaeque linguae personas.* Cf. auch Samuel Stryk im *usus modernus pandectarum* § 1, l. c. *proxenetae sunt etiam illi, qui in judicio vel coram Commissario testium alia quam Germanica lingua utentium dicta interpretare solent.* Das griechische Wort *ἑρμηνευτικόν*, in l. 3, Dig. 50. 14 im Sinn von *proxeneticum* gebraucht, das von *ἑρμηνεύω* dolmetschen, interpretieren herkommt, weist gleichfalls auf jenen Zusammenhang hin. Vergleiche endlich Bodinus cap. 3, thes. 4; Straccha p. 1 er. 15.

bedeutsames Institut; das Recht musste sich desselben annehmen und ihm einen Platz in seinem System anweisen.

Übrigens darf man sich nicht dem Glauben hingeben, als ob die soeben kurz geschilderte Entwicklung des Mäklerwesens rasch vor sich gegangen sei, man wird im Gegenteil mit ziemlicher Sicherheit annehmen können, dass sich dieselbe überall langsam und allmählich vollzogen hat. Dies gewinnt noch an Wahrscheinlichkeit, wenn man in Rechnung zieht, dass die Dienste der Vermittler rein thatsächlicher Natur sind und dass die Thätigkeit derselben im Vergleich zu den von ihnen vermittelten Rechtsgeschäften eine bloss nebensächliche Bedeutung hat. Dass das römische Recht sich erst spät des Mäklerwesens angenommen hat, dafür spricht unter anderem die Thatsache, dass der Mäkler seinen Anspruch auf Lohn — sein *proxeneticum* — anfänglich gar nicht einklagen konnte, weil eine eigentliche Kontraktverbindlichkeit in Rom bei den *proxenetae* nicht anerkannt wurde, und dass ihm erst allmählich das Recht eingeräumt wurde, es *extra ordinem* mit einer sogenannten *extraordinaria cognitio* geltend zu machen[9]).

Über den Ursprung und die früheste Entwicklung des Mäklerwesens in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten fehlt uns zwar jede Mitteilung, doch war es deshalb auch dem ältesten germanischen Rechtsleben nicht fremd, dies ergiebt sich schon aus der Unentbehrlichkeit des Instituts für jeden, wenn auch noch so primitiven Verkehr. Wenn man bedenkt, dass sogar das fein ausgebildete römische Recht die Thätigkeit der *proxenetae* erst spät in feste juristische Formen gebracht und auch dann, wie weiter unten ausgeführt werden wird[10]), keine singulären Rechtssätze für die Mäkler aufgestellt hat, so darf es nicht Wunder nehmen, wenn aus dem alten germanischen Recht keine eigentümlichen Rechtssatzungen für die Thätigkeit der Vermittler sich vorfinden. Daraus erklärt es sich auch, dass in Deutschland das römische Recht, soweit ein solches über das Unterhändlerwesen bestand, seiner Zeit aufs bereitwilligste recipiert worden ist.

Die so übernommenen römischen Rechtsgrundsätze wurden zwar in der Folgezeit nicht unmittelbar umgeändert, sie gelten heutzutage noch als gemeines Recht, wohl aber entwickelten[11]) sich im Mittelalter an den meisten Orten neben den für die gewöhnlichen Unterhändler geltenden Rechtssätzen für die kaufmännischen Vermittler eine Reihe besonderer Satzungen, die auch auf die Lehre von den nicht kaufmännischen Mäklern —

Anm. 9. Näheres hierüber findet sich in § 10 dieser Arbeit.

Anm. 10. In § 10.

Anm. 11. Die Entwicklung hatte schon vor der Reception des römischen Rechts begonnen.

proxenetae im römischen Sinn — nicht ohne Einfluss blieben [12]) [13]). Während nämlich weder das römische Recht für die Vermittlung von Handelsgeschäften besondere Vorschriften einführte, noch das deutsche Recht ursprünglich die Vermittler des Handelsverkehr anderen Regeln unterstellte als die übrigen Unterhändler, so hat das Recht des späteren Mittelalters den Handelsmäklern eine ganz ausnahmsweise Stellung eingeräumt. Nur eine beschränkte Anzahl [14]) von Personen, welche bestimmte Vorbedingungen in Bezug auf kaufmännisches Wissen und praktische Vertrauenswürdigkeit zu erfüllen im stande waren, wurden zur Ausübung des kaufmännischen Mäklergewerbes zugelassen und dann amtlich bestellt und beeidigt [15]). Ihre Ernennung erfolgte teils durch die kaufmännischen Kollegien, teils durch die staatlichen Behörden [16]). Es wurden ihnen gewisse Pflichten, z. B. das Ver-

---

Anm. 12. Hierüber sind die unzähligen Städte- und Landesmäklerordnungen zu vergleichen.

Anm. 13. Da die kaufmännischen oder Handelsmäkler nicht Gegenstand dieser Arbeit sind, so wird im einzelnen für die Entwicklung des Instituts der amtlichen Handelsmäkler, sowie für die Gründe, welche jene Entwicklung zur Folge hatten, verwiesen auf die hochinteressante und vortreffliche Abhandlung von Professor Dr. Paul Laband in der „Zeitschrift für Deutsches Recht", Bd. 20, S. 1 ff.; ferner auf die gleichfalls ausgezeichnete Arbeit von Emil Struck „Die Entwicklung des Instituts der beeidigten Handelsmäkler in Deutschland während des 19. Jahrhunderts" im dritten Band der Schmollerschen Forschungen; endlich auf Professor Dr. Grünhut's Aufsatz „Das Börsen- und Maklerrecht und seine Neugestaltung in Österreich" in der „Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart" Bd. II, S. 549 ff. und insbes. Anm. 14. Auch die in Anm. 4 schon citierte Abhandlung von Goldschmidt in Z. 28 und ein Aufsatz von R. Ehrenberg im 30. Band derselben Zeitschrift „Makler, Hosteliers und Börse in Brügge" (insbes. S. 444) sind hier anzuführen. Die beiden letzten Arbeiten sehen hauptsächlich im Gasthandel die Wiege des mittelalterlichen Mäklerwesens. Sie setzen sich damit nach den eigenen Worten ihrer Verfasser in Widerspruch mit Professor Labands Ansicht über den Ursprung des kaufmännischen Mäklerinstituts. Übrigens ist der Widerspruch kein unbedingter, denn es lässt sich der Entwicklungsgang des Unterhändlerwesens im Mittelalter sehr leicht an verschiedenen Orten als ein verschiedener denken, so dass bald der Gasthandel die Haupttriebfeder für die eigentümliche Gestaltung des Instituts bildete, bald, wie Professor Laband annimmt, die Stellung der Vermittler als öffentlicher Zeugen und Urkundspersonen jene eigenartige Entwicklung in hervorragender Weise beeinflusste (L. S. 14 ff.).

Anm. 14. Zu vgl. L. S. 22, Anm. 60.

Anm. 15. Zu vgl. über die Eidesformel Silberrad cap. 2, § 2.

Anm. 16. Silberrad cap. 2, § 2; Struck S. 193; L. S. 23, Note 63. Sie hiessen *proxenetae publici* im Unterschied zu den nicht amtlich bestellten *proxenetae privati*. Näheres über die heutzutage nur noch historisch interessante Unterscheidung siehe bei Silberrad cap. 1, § 9 und 10; Schorch § 2; Straccha p. 2 er. 9; p. 4 qu. 13 er. 33.

bot des eigenen Handelsbetriebs[17]), die Führung von Tagebüchern[18]) und die Ausfertigung von Schlussnoten[19]) auferlegt, daneben erwarben sie aber auch das ausschliessliche Recht der Vermittlung. In allen grösseren Handelsplätzen entstanden Mäklerordnungen, deren Vorschriften jene amtlichen Handelsmäkler sich unterwerfen mussten. So wurde aus den vielfach in schlechtem Ruf stehenden Unterhändlern amtliche Urkundspersonen, mit der *publica fides* bekleidete Vertrauensmänner. Die nicht amtlich bestellten Vermittler wurden Pfuschmäkler oder Bönhasen genannt. Ihr Gewerbe war verpönt und mit Geldstrafen bedroht; die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte wurden zuweilen (so in Preussen durch die Mäklerordnung von 1765) für nichtig erklärt, sogar denjenigen, welche mit Pfuschmäklern kontrahierten, Geldstrafen auferlegt und damit indirekt gegen die Kaufleute selbst ein Zwang begründet, sich bei jedem Geschäft der Vermittlung amtlich bestellter Mäkler zu bedienen[20]).

Diese Machtstellung der amtlichen Mäkler, die sich im Laufe des Mittelalters ausgebildet hatte und auch durch die Reception des römischen Rechts in ihrer Entwicklung nicht aufgehalten worden war[21]), dauerte etwa bis in den Anfang des neunzehnten Jahrhunderts fort[22]). Von da an beginnt mit den veränderten Bedürfnissen des geschäftlichen Verkehrs mit denen das Institut der Handelsmäkler nicht gleichen Schritt gehalten hatte, eine Bewegung gegen jene im Laufe der Jahrhunderte zu schwerfällig gewordene Einrichtung, eine Bewegung, die schliesslich damit endete, dass zwar das amtliche Mäklerinstitut mit den früher fixierten Pflichten bestehen blieb, dass ihm aber das Privileg der ausschliesslichen Vermittlung genommen und das Unterhändlergewerbe für frei erklärt wurde. Dieser Abschluss wurde durch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch und die sich daran anschliessenden Einführungsgesetze der Einzelstaaten bewerkstelligt.

Damit kam das Gewerbe der freien Vermittler, der Privatmäkler, der eigentlichen *proxenetae* des römischen Rechts oder, wie sie in den letzten Jahrhunderten genannt worden waren, der Pfuschmäkler, jenes Gewerbe, das lange Zeit hindurch so gut wie abgestorben war, wieder zu erneuter Geltung. Von jetzt ab durfte, wie in früheren Zeiten, jedermann unbeschränkt die Geschäftsvermittlung berufsmässig betreiben[23]). Die recipierten römisch-

---

Anm. 17. L. S. 26, Anm. 69. Lauterbach thes. 195 u. 196.

Anm. 18. L. S. 40.

Anm. 19. L. S. 41.

Anm. 20. L. S. 24, Anm. 64—68; Struck S. 198; Meno Pöhls l. c. S. 117.

Anm. 21. Struck S. 191.

Anm. 22. Struck S. 199.

Anm. 23. Über die Ausnahme des Art. 84 des D. H.G.B. wird im folgenden Paragraphen die Rede sein.

rechtlichen Grundsätze über das *pactum proxeneticum* waren allerdings die ganze Zeit über auch auf die kaufmännischen Mäkler angewandt worden, wie wir aus den Werken der spätmittelalterlichen Schriftsteller ersehen; sie finden sich auch im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch wieder, doch waren sie durch die neu hinzugetretenen, spezifisch handelsrechtlichen Lehrsätze so wesentlich beeinflusst und in so eigentümlicher Weise umgeändert worden, dass man bei Anwendung dieser veränderten Rechtssatzungen sich nicht mehr bewusst war, dass sie in ihrer Grundlage römisch-rechtlichen Ursprungs waren. Mit der Wiedererstehung des Privatmäklerinstituts musste, soweit keine landesgesetzliche Regelung desselben inzwischen stattgefunden hatte wie z. B. in Sachsen[24]), auf das reine römische bzw. gemeine Recht zurückgegriffen werden[25]). Es versteht sich von selbst, dass bei den gänzlich veränderten Verkehrsverhältnissen der Neuzeit jene alten römischen Rechtssätze, die sogar Jahrhunderte zuvor für die kaufmännischen Mäkler sich als ungenügend erwiesen hatten, auch jetzt für die Privatmäkler nicht mehr genügen konnten. Im einzelnen Fall entschloss man sich deshalb meistens dazu, aus der inneren Natur des Mäklervertrags heraus die Grundlagen für dessen rechtliche Beurteilung zu gewinnen; es ist daher kein Wunder, wenn bei den schwankenden und von einander abweichenden Normen der verschiedeneu Zivilrechte eine gewisse Rechtsunsicherheit seit der Freigabe des Unterhändlergewerbes Platz gegriffen hat und die Prozesse über Vermittlungsgeschäfte und Mäklerlohn, wie Kuhn in seinem Aufsatz „Zur Lehre vom Mäklergeschäft" gleich zu Anfang treffend bemerkt, vom Richter zu seinen weniger erfreulichen Berufsgeschäften gerechnet werden[26]). Eine Besserung dieses Zustandes der Rechtsunsicherheit wird erst mit der Ein-

---

Anm. 24. Im Königreich Sachsen durch das bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 §§ 1254—1259.

Anm. 25. So z. B. in Württemberg. Im Königreich Preussen war durch die Mäklerordnung vom 15. November 1765 das Institut der amtlichen Mäkler geregelt worden, die dort enthaltenen Rechtsgrundsätze sind später in den Abschnitt 10, Tit. 8, thes. 2 des Preuss. Allg. Landrechts übergegangen. Dieser Abschnitt wurde durch das Preuss. Einführungsgesetz zum A. D. H.G.B. vom 24. Juni 1861 aufgehoben und damit die Privatmäklerei völlig frei gegeben. In einzelnen preussischen Landesteilen bestanden zwar noch besondere Beschränkungen fort, so z. B. in Schlesien das Patent Leopolds vom 26. November 1704 (cf. R. R. II, S. 72), aber auch die Provinzialgesetze sind durch die Allgemeine Preuss. Gewerbeordnung vom 17. Januar 1865 durchweg beseitigt worden. Von da ab fehlte es an Spezialbestimmungen über den Mäklervertrag und man war in Preussen darauf angewiesen, auf das römische Recht zurückzugreifen. Die durch das frühere Obertribunal geübte Heranziehung der Vorschriften des Abschn. 1, Tit. 13, thes. 1 des Allg. Preuss. Landrechts über Vollmachtsverträge bezog sich nur auf einen einzelnen Teil des Mäklergeschäfts (cf. a. § 10, Anm. 19 dieser Arbeit).

Anm. 26. Vgl. a. Rocholl in Gruchot's Beiträgen n. F. V, S. 400.

führung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich[27]) eintreten, da vorher die einzelnen Bundesstaaten, soweit es nicht schon früher geschehen ist, zu einer gesetzlichen Regelung des Privatmäklergeschäfts sich nicht wohl entschliessen werden.

Trotz der zahlreichen Angriffe, die das Institut der kaufmännischen Mäkler von den verschiedensten Seiten aus zu erdulden hatte, lässt sich nicht leugnen, dass die Regelung, die es im Mittelalter fand, eine zweckmässige war; das Institut erfreute sich damals der Zufriedenheit der Kaufmannschaft, sonst wäre es nicht an allen Handelsorten errichtet und überall mit erstaunlicher Gleichmässigkeit weiterentwickelt worden. Schon darin zeigt sich, dass die Gesetzgebung ihrer Aufgabe in richtiger Weise nachgekommen war[28]). Nachdem aber das Institut im Anfang dieses Jahrhunderts dem modernen Verkehr nicht mehr genügte und die Kaufleute selbst sich dagegen aussprachen[29]), so war eine Änderung desselben sicherlich am Platze. Hierbei konnten mannigfache Wege eingeschlagen werden. Das Allgemeine Deutsche Handesgesetzbuch hat, wie schon erwähnt worden ist, sich dazu entschlossen, den amtlichen Handelsmäklern das Recht der ausschliesslichen Vermittlung zu entziehen, nicht aber, wie viele gewünscht hatten, das Institut ganz abzuschaffen. Ob jener Weg der richtige war, darüber herrscht auch heutzutage noch viel Streit. Doch gehört diese Frage über die Beibehaltung oder Abschaffung der amtlichen Handelsmäkler ins Handelsrecht und ist deshalb nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit[30]). Letztere hat sich mit dem Institut der kaufmännischen Mäkler nur insoweit zu beschäftigen, als es sich darum handelt, ihren Wirkungskreis von demjenigen der Privatmäkler abzugrenzen. Dies soll, soweit es in historischer Beziehung nicht schon in diesem Paragraphen geschehen ist, Aufgabe des nächsten Paragraphen sein.

Anm. 27. Bis jetzt hat sich in erster Lesung § 580, in zweiter Lesung § 587 und 588 des Entwurfs mit dem Mäklervertrag befasst.

Anm. 28. Struck S. 198.

Anm. 29. L. S. 45 ff.; Struck S. 206 ff.; Endemann III, S. 136 (Handbuch des Handelsrechts).

Anm. 30. Mit der Frage über die Abschaffung oder Beibehaltung der amtlichen Handelsmäkler beschäftigen sich aufs eingehendste L. S. 45 ff.; Struck S. 214 ff., insbesondere S. 222 ff.; Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. II S. 549 ff., insbes. S. 555; Grünhut in Endemann's Handbuch III, S. 136. Ferner sind hierüber zu vgl.: „Die Verhandlungen des 7. Deutschen Juristentags" Bd. I (1868), S. 92 ff.; Bd. II (1869), S. 69 ff.; Z. 15, S. 507 ff.; Keyssner zu Art. 84 des H.G.B.; Puchelt zu Art. 66 des H.G.B.; Puchelt in Busch A. XIII, S. 403 f.; Victor Ring in Busch A. 47, S. 165 f.; Goldschmidt in Z. III, B.H. S. 45 Anm.

§ 5.

Abgrenzung des Wirkungskreises der Privatmäkler von demjenigen der Handelsmäkler.

Seit jeher hat man die Mäkler in verschiedene Klassen eingeteilt, je nach der Art der Geschäfte, die von denselben vermittelt wurden und hat ihnen, soweit es zweckdienlich erschien, dementsprechende Namen gegeben. Diese Einteilung besteht selbstredend heutzutage noch fort; auch wir unterscheiden Häusermäkler, Gütermäkler, Geldmäkler, Börsenmäkler, Warenmäkler, Getreidemäkler, Baumwollenmäkler, Heiratsvermittler, Darlehensvermittler, Dienstbotenvermittler u. s. f.; doch ist sie in erster Linie von alltäglich-praktischer und nur nebenbei — insofern für die eine oder andere Klasse besondere gesetzliche Bestimmungen bestehen — von juristischer Bedeutung.

Anders verhält es sich mit der Einteilung der Mäkler in Handels- und Nichthandels- oder Privatmäkler. Wie der Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Vermittlern sich im Laufe der Zeiten entwickelt hat, ist im geschichtlichen Teil (§ 4) kurz dargestellt worden.

Die Handelsmäkler zerfallen innerhalb des Geltungsgebiets des A. D. H.G.B's. ihrerseits wiederum in amtliche Handelsmäkler oder Sensalen und in Privathandelsmäkler[1][2]). Die Frage, ob ein Mäkler als Privatmäkler oder als Handelsmäkler und hier wiederum, ob er als amtlicher oder als Privat-Handelsmäkler zu gelten hat, ist wegen der verschiedenen Rechtsgrundsätze, die im einen oder anderen Falle zur Anwendung zu kommen haben, von der grössten praktischen Wichtigkeit; ausserdem bietet die Entscheidung dieser Frage häufig nicht geringe Schwierigkeit. Es darf daher als gerechtfertigt erscheinen, auf den Begriff des Handelsmäklers näher einzugehen.

Beide Arten von Handelsmäklern sind durch das A. D. H.G.B. geregelt; für die amtlichen Handelsmäkler sind die Art. 66—84 desselben massgebend, für die Privathandelsmäkler Art. 272 Ziff. 4 und in Verbindung mit demselben das vierte Buch des H.G.B's.

Anm. 1. Der Ausdruck Privathandelsmäkler ist allgemein gebräuchlich für diejenigen Personen, welche die Vermittlung von Handelsgeschäften gewerbemässig betreiben, ohne amtlich bestellt zu sein. Er wurde zuerst vorgeschlagen von Goldschmidt in seinem Gutachten Z. III, B. H., S. 42 ff., (s. auch Puchelt Kommentar zu Art. 66, H.G.B. Anm. 4.)

Anm. 2. An dieser Stelle mag erwähnt werden, dass nicht nur die Privatmäkler, sondern auch die Privathandelsmäkler sich aus den sogenannten Pfusch- oder Winkelmäklern des späteren Mittelalters heraus entwickelt haben.

Die Privathandelsmäkler definiert Art. 272 als diejenigen Mäkler, welche Handelsgeschäfte für andere Personen gewerbemässig vermitteln[3]).

Den amtlichen Handelsmäkler oder Sensalen bezeichnet Art. 66 des H.G.B. als einen amtlich bestellten Vermittler für Handelsgeschäfte und sagt dann weiter, dass er vor Antritt seines Amtes einen Eid über getreue Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten zu leisten habe[4]). Die folgenden Artikel regeln diese Pflichten genauer, sprechen sich über die Haftung und Gebühr desselben aus und überlassen im letzten einschlägigen Artikel den Landesgesetzen die Ergänzung der reichsgesetzlich gegebenen Vorschriften in verschiedener Beziehung, so hauptsächlich dahin, dass den Sensalen das ausschliessliche Recht zur Vermittlung von Handelsgeschäften beigelegt werden könne. Von dieser Befugnis hat kein deutscher Staat Gebrauch gemacht[5])[6]). Es liegen demnach die Verhältnisse in Deutschland zur Zeit so, dass zwar der thatsächliche Geschäftskreis der amtlichen Handelsmäkler mit demjenigen der Privathandelsmäkler zusammenfallen kann, dass aber in rechtlicher Beziehung ein weitgehender Unterschied zwischen den beiden Arten von Handelsmäklern fortbesteht. Nach aussen kennzeichnet sich dieser Unterschied durch die öffentliche Bestellung der amtlichen Handelsmäkler, nach innen dadurch, dass für die amtlichen Handelsmäkler, die auf Grund von Art. 69 Ziff. 1 keine Kaufleute sind[7]), lediglich die Art. 66—84 des H.G.B. massgebend sind, während für

---

Anm. 3. Die gewerbemässige Abschliessung von Handelsgeschäften für andere Personen, die in Art. 272, Ziff. 4. des D. H.G.B. unmittelbar neben der Vermittlung von Handelsgeschäften genannt ist, muss man sich hüten, als einen Bestandteil der Mäklerthätigkeit anzusehen. Sie bildet das Gegenstück zur Vermittlung und bedeutet ein Auftrags- und Stellvertretungsverhältnis, das den beauftragten Agenten — Agenturgeschäfte werden nämlich diese Handelsgeschäfte des Art. 272, Z. 4 am häufigsten im Gegensatze zu den Mäklergeschäften genannt, — dazu berechtigt, im Namen des Auftraggebers und für dessen Rechnung den Geschäftsabschluss herbeizuführen.

Anm. 4. Erst, nachdem der Mäkler den gesetzlich vorgeschriebenen Eid geleistet hat, darf er als eigentlicher amtlicher Handelsmäkler im Sinne des Art. 66 des D. H.G.B. angesehen werden. Die vorher von ihm vermittelten Geschäfte sind, auch wenn er schon zum Handelsmäkler amtlich bestellt wäre, doch nur als von einem Privatmäkler bzw. Privathandelsmäkler vermittelt zu betrachten und unterliegen den für diesen geltenden Rechtsnormen (vgl. auch Anschütz und Völderndorff I, S. 465 zu Art. 66.)

Anm. 5. Anschütz und Völderndorff I, S. 510; Struck S. 211; Endemann, Handbuch des Deutschen Handelsrechts, III, Abschn. 6, S. 135.

Anm. 6. Nur in Österreich wurde durch das österreichische Börsengesetz vom 1. April 1875 für den Börsenverkehr ein Monopol der Vermittlung zu Gunsten der Handelsmäkler geschaffen.

Anm. 7. Kaufleute werden die amtlichen Handelsmäkler erst dann, wenn sie unter Übertretung des Verbots des Art. 69 d. H.G.B. Handelsgeschäfte gewerbemässig betreiben,

die sogenannten Privathandelsmäkler, welche gemäss Art. 272 Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 4 des H.G.B. Kaufleute im Sinne dieses Gesetzes sind, das ganze vierte Buch des H.G.B. zur Anwendung gelangt[8]).

Von den Privatmäklern unterscheiden sich die amtlichen Handelsmäkler und die Privathandelsmäkler durch die gesetzliche Beschränkung ihrer Vermittlungsthätigkeit auf Handelsgeschäfte und durch das Moment der Gewerbemässigkeit, das für die Privathandelsmäkler in Art. 272 als ausdrückliches Begriffsmerkmal aufgestellt wurde, bei den amtlich bestellten Handelsmäklern dagegen ohne Weiteres in der Thatsache ihrer amtlichen Bestellung enthalten ist, auch wenn die gesetzliche Definition jenes Moment nicht besonders hervorhebt. Die amtlichen Handelsmäkler unterscheiden sich von den Privatmäklern ausserdem durch ihre amtliche Bestellung. Für die Privatmäkler bleibt demnach übrig die Vermittlung von Nichthandelsgeschäften, mag dieselbe gewerbemässig oder nicht gewerbemässig betrieben werden uud die Vermittlung von Handelsgeschäften insolange dieselbe die Grenzen des Einzelbetriebs nicht überschreitet oder nicht auf Grund von Art. 272 Abs. 2, Art. 273 oder Art. 274 des H.G.B. zum Handelsgeschäft wird[9]).

Bei jedem von einem Mäkler vermittelten Geschäft muss man sich demnach zu allererst die Frage vorlegen: Ist dasselbe ein Haudelsgeschäft im Sinne des H.G.B.? und betreibt der betreffende Mäkler die Vermittlung von derartigen Gaschäften gewerbemässig?

Erweist sich das fragliche Geschäft als ein absolutes oder relatives Handelsgeschäft im Sinne der Art. 271 und 272 oder als ein solches im Sinne der Art. 273 und 274 des H.G.B.[10]) und erscheint die Thätigkeit des

---

vgl. Endemann's Handbuch III, S. 136; Goldschmidt in seinem Handbuch § 55, S. 632; Anschütz und Völderndorff III, § 41 zu Art. 272, Ziff. 4.

Anm. 8. Goldschmidt in seinem Handbuch S. 633, § 55, Behrend, Bd. I, Abt. 1, § 56, S. 418; Puchelt in Busch's A. XIII, S. 406 f.

Anm. 9. Ein gewerbemässiger Betrieb liegt nicht erst dann vor, wenn mit Sicherheit erwiesen ist, dass der Privathandelsmäkler schon zu wiederholtenmalen um Lohn Geschäfte vermittelt hat, es genügt schon, wenn ausser Zweifel steht, dass das in einem gegebenen Falle in Frage befindliche Vermittlungsgeschäft sich als Ausfluss des Willens darstellt, durch derartige Geschäfte ganz oder teilweise sich eine Subsistenz zu begründen. Ob letzteres zutrifft oder nicht, muss nach den Umständen des einzelnen Falles bemessen werden, übrigens wird die nichtgewerbemässig betriebene Vermittlung von Handelsgeschäften, wie auch von gewöhnlichen Geschäften, als ein seltener Ausnahmsfall betrachtet werden dürfen.

Anm. 10. Auf Seiten derjenigen, für welche die Vermittlung geschieht, muss mindestens der eine Kontrahent ein subjektives oder objektives Handelsgeschäft machen, ob auch der zweite Kontrahente in Handelsgeschäft eingeht, ist ohne Bedeutung (cf. Puchelt Komm. zu Art. 272, Ziff. 4.)

Mäklers als eine gewerbsmässige, so ist jedenfalls Handelsrecht massgebend und es bleibt nur noch zu untersuchen übrig, ob der betreffende Mäkler amtlich bestellt ist. Im bejahenden Falle kommen die Art. 66—84 des H.G.B. zur Anwendung, im verneinenden Falle das vierte Buch des H.G.B.[11]). Erzeigt sich aber das von dem Mäkler vermittelte Geschäft nicht als ein Handelsgeschäft im Sinne der Art. 271—274 des H.G.B., so kann es sich, mag sonst die Vermittlung von ihm gewerbemässig oder vereinzelt betrieben sein, nur um ein Privatmäklergeschäft handeln und zwar selbst dann, wenn der Vermittler jenes Nichthandelsgeschäfts nebenher amtlicher Handelsmäkler gemäss Art. 66 des H.G.B. ist[12]) und es kann immer nur Zivilrecht, niemals Handelsrecht zur Anwendung gelangen. Zum besseren Verständnis des zuletzt Ausgeführten mag die nachfolgende Betrachtung von einigem Nutzen sein,

1) dass die Vermittlung eines Nichthandelsgeschäfts, gleichviel ob gewerbemässig oder vereinzelt betrieben, nie ein Handelsgeschäft ist,
2) dass die Vermittlung eines Handelsgeschäfts im Sinne der Art. 271—274 des H.G.B., seitens eines amtlichen Handelsmäklers immer ein Handelsgeschäft ist,
3) dass die Vermittlung eines Handelsgeschäfts im Sinne der Art. 271—274 des H.G.B. seitens eines nicht amtlichen Handelsmäklers, wenn sie gewerbemässig betrieben wird, was wohl immer der Fall sein wird (s. Anm. 9 a. E.) gleichfalls ein Handelsgeschäft ist.

Es kann aber der bis jetzt noch nicht erörterte Fall vorkommen, dass die Vermittlung eines Handelsgeschäfts im Sinn der Art. 271—274 des H.G.B.

Anm. 11. Dass übrigens die Art. 66—84 des A. D. H.G.B., soweit sie nicht mit der Eigenschaft der Sensalen als amtlich autorisierter Urkundspersonen zusammenhängen, analog auch auf die Privathandelsmäkler und, soweit sie nicht einen rein handelsrechtlichen Charakter aufweisen, sogar auf die Privatmäkler angewandt werden dürfen, ist von Doctrin und Praxis in ersterer Beziehung allgemein, in letzterer teilweise anerkannt. Zu vgl. vor allem Puchelt in Busch A. XIII, S. 409 ff.; Puchelt, Kommentar, Art. 66—84, insbes. Anm. 5 zu Art. 66; ferner: Goldschmidt in seinem Handbuch, S. 633 und in Z. III B. H., S. 45; Behrend I, S. 418; v. Hahn, Kommentar I, S. 199, Zus. 2; Keyssner zu Art. 66, S. 72; Gareis, § 22, S. 119; Dernburg, Lehrbuch des Preuss. Priv.-R. II, § 190, S. 555, Anm. 6; Gruchots Beiträge, Bd. 17, S. 791, Bd. 20, S. 400 und 403; Bd. 28, S. 836; R. R. II, S. 85, S. 94—99; Seuff. A., Bd. 40. 16, 39. 208; Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. D. R. II, S. 509; R.O.H.G. 4, S. 412; R. G. E. 4, S. 224; Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft, N. F. 4, S. 223; gegen die analoge Anwendung Z. 22, S. 268 ff.

Anm. 12. Es ist nämlich möglich, dass ein Sensale derartige Nichthandelsgeschäfte neben seinem Amt betreibt, da ihm Art. 69, Ziff. 1 des H.G.B. nur das Machen von Handelsgeschäften, nicht auch von Nichthandelsgeschäften auf eigene Rechnung verbietet (zu vgl. Puchelt in Busch A. 13, S. 412, L. S. 44 letzter Abschn.)

von einem nicht amtlichen Handelsmäkler besorgt wird, der zwar nicht gewerbemässig Vermittlungsgeschäfte im Sinne des Art. 272 Ziff. 4 betreibt, wohl aber Kaufmann ist und das Geschäft einzeln im Betriebe seines sonst auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes — im Sinne der Art. 272 Abs. 2, Art. 273 Abs. 1 oder Art. 274 Abs. 1 des H.G.B. — abgeschlossen hat. Ist auch ein solches Vermittlungsgeschäft als Handelsgeschäft anzusehen? Die wohl äusserst selten praktisch werdende Frage ist unbedingt bejahend zu beantworten. Mit dieser Ansicht stimmt auch die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (Bd. 4 S. 49, Bd. 16 S. 1 ff.) überein und die scheinbar widersprechende Entscheidung des K. Preuss. Obertribunals vom 9. September 1873 [13]) (Striethorst 89 S. 215) steht ihr in Wirklichkeit gleichfalls nicht entgegen, denn sie spricht nur von der Vermittlung von Nichthandelsgeschäften und diese kann ja allerdings, wie oben übereinstimmend mit jener Entscheidung gezeigt wurde, nie Handelsgeschäft sein.

Die unleugbare Schwierigkeit, die das Auseinanderhalten der drei Begriffe eines amtlichen Handelsmäklers, eines Privathandelsmäklers und eines Privatmäklers, besonders die Unterscheidung der beiden letzteren Begriffe bietet, beruht, um die Schwierigkeit kurz zu präzisieren, darauf, dass in jedem einzelnen Falle scharf unterschieden werden muss zwischen dem vermittelten Geschäft, d. h. dem Rechtsgeschäft z. B. des B. und C., das von A vermittelt wird und zwischen dem Vermittlungsgeschäft d. h. dem Rechtsgeschäft, das dadurch entstanden ist, dass A. die Vermittlung des Geschäfts zwischen B. und C. besorgt hat. Nur wenn das Vermittlungsgeschäft ein Handelsgeschäft ist, erscheint der dabei thätige Vermittler als Privathandelsmäkler im Sinne des Art. 272 Ziff. 4 des H.G.B. und dieses Vermittlungsgeschäft kann seinerseits wiederum nur dann ein Handelsgeschäft im Sinne des H.G.B. sein, wenn, — die Gewerbemässigkeit der Vermittlung vorausgesetzt, — das (zu vermittelnde oder) vermittelte Geschäft ein Handelsgeschäft ist — und zwar einerlei ob ein Handelsgeschäft im Sinne der Art. 271 u. 272 oder ein solches gemäss Art. 273 Abs. 1 und 274 Abs. 1 des H.G.B. —

Ist das vermittelte Rechtsgeschäft dagegen kein Handelsgeschäft, z. B. weil es sich als ein Vertrag zwischen Herrschaft und Gesinde [14]), zwischen

Anm. 13. In dieser Entscheidung ist gesagt: „Die Vermittlung von Nichthandelsgeschäften, gleich ob gewerbemässig oder vereinzelt betrieben, ist kein Handelsgeschäft. Die Natur eines solchen kann sie auch nicht durch die kaufmännische Qualität des Vermittlers erlangen, vielmehr ist lediglich in Betracht zu ziehen, ob das für eine andere Person mit einem Dritten vermittelte Geschäft an und für sich, sei es vermöge seiner objektiven Beschaffenheit, sei es vermöge der Eigenschaft der beiden Kontrahenten ein Handelsgeschäft bildet.“

Anm. 14. Der gewerbemässige Vermittler von Dienstverträgen zwischen Kaufleuten

Autoren, Schauspielern und ähnlichen Personen einerseits und Theaterdirektoren andererseits, oder als ein Heiratskontrakt, oder als ein Kauf bzw. Verkauf von Immobilien [15]) darstellt, so kann auch das Vermittlungsgeschäft kein Handelsgeschäft sein und der damit beschäftigte Vermittler unterliegt als Privatmäkler den zivilrechtlichen d. h. landesgesetzlichen, bzw. in deren Ermanglung gemeinrechtlichen Grundsätzen [16]). Welcher Art die Grundsätze sind, die im Zivilrecht und insbesondere im gemeinen Recht für den Privatmäklervertrag gelten, soll in dem folgenden Paragraphen dargestellt werden [17]).

---

und Handlungsgehilfen — Handelsplazierungsbureau — dagegen ist Kaufmann, und zwar deshalb, weil diese Dienstverträge auf Grund von Art. 57 f. in Verbindung mit Art. 273, Abs. 1 des H.G.B. als Handelssache erscheinen; die diesbezügliche Vermittlung ist Handelsgeschäft im Sinne des Art. 272, Z. 4 des H.G.B. (Anschütz und Völderndorff, Komm. III, S. 40 zu Art. 272, Z. 4; Busch A. 4, S. 222; 13, S. 412; Goldschmidt Handbuch § 55, S. 640.)

Anm. 15. Dass die Vermittlung von Grundstücks-Käufen, bzw. Verkäufen und anderen unter Art. 275 des H.G.B. fallenden Verträgen **nicht** als Handelsgeschäft anzusehen ist und zwar selbst dann nicht, wenn der Vermittler ein solches Geschäft als Kaufmann im Betriebe seines sonst auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbs vermittelt, ist mit einigen wenigen Ausnahmen (zu vgl. R. R. II, S. 75 ff.; R O.H.G. 10, S. 429; R.G.E. I, S. 258 ff.; Keyssner zu Art. 272, Ziff. 4, teilweise) allgemein anerkannt, und zwar mit vollem Recht, weil den Verträgen über unbewegliche Sachen ganz ausdrücklich und unbedingt in Art. 275 des H.G.B. die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts versagt worden ist. Die richtige Ansicht findet sich vertreten bei Thoel I, S. 122, § 35, Anm. 7; Anschütz und Völderndorff, Kommentar III, S. 39 ff. zu Art. 272, Ziff. 4; Goldschmidt, Handbuch S. 639; Puchelt, Komm. zu Art. 66, Anm. 10; Neubauer, S. 2 ff.; R. Koch in der Deutschen Gerichtszeitung II, N. F., S. 224; Busch A. 4, S. 220 ff., 9, S. 144 ff., 13, S. 411 ff., 19, S. 28; Bolze 5, N. 580; Striethorst's A. 89, S. 215; 100, S. 125; Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft N. F. 1, S. 255; Z. 20, S. 589.

Anm. 16. Übrigens kann eine und dieselbe Person sehr wohl das Mäklergewerbe in beiderlei Form gewerbemässig betreiben als Privatmäkler und als Handelsmäkler (Privathandelsmäkler und amtlicher Handelsmäkler); sie untersteht dann für den einen Geschäftsbetrieb dem Handelsrecht, für den anderen dem allgemeinen bürgerlichen Recht (s. auch Anm. 12).

Anm. 17. Wenn ich mich bei der vorwiegend handelsrechtlichen Frage über den Unterschied zwischen den Begriffen eines amtlichen Handelsmäklers, eines Privathandelsmäklers und eines Privatmäklers länger aufgehalten habe, als es für eine Arbeit über den zivilrechtlichen Mäklervertrag für zulässig erscheint, so glaube ich eine Entschuldigung darin zu finden, dass einmal dieser Unterschied schwierig ist und deshalb nicht wohl mit wenigen Worten erschöpfend dargelegt werden kann und dass ferner derselbe auch für eine Abhandlung über den Privatmäklervertrag äusserst wichtig ist, weil ohne die genaue Auseinanderhaltung der drei erörterten Begriffe niemand im Stande ist zu entscheiden, ob das in Frage stehende Vermittlungsgeschäft das Geschäft eines Privat- oder Handelsmäklers ist und ob im gegebenen Falle das Handelsrecht oder das Zivilrecht Platz zu greifen hat.

§ 6.

Abschluss und Aufhebung des Mäklervertrags.

I. Seitdem das Mäklergewerbe freigegeben worden ist, sind für die Eingehung eines Zivilvermittlungsvertrags [1]) ausser den allgemein gültigen rechtlichen Voraussetzungen (Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit) [2])

Anm. 1. Der amtliche Handelsmäkler muss öffentlich bestellt und beeidigt sein, ehe er in rechtswirksamer Weise im Sinne der Art. 66 ff. des H.G.B. Handelsgeschäfte vermitteln darf; vor der Beeidigung vermittelte Geschäfte gelten je nachdem als Privathandelsmäkler- oder als Zivilmäklergeschäfte (vgl. a. Anm. 4 in § 5).

Anm. 2. Über die Voraussetzungen, welche das Wesen des Instituts oder das Gesetz an die Ausübung des Mäklergewerbes geknüpft haben, geben eingehende Auskunft die in § 1 citierten Doktordissertationen, so z. B. Silberrad cap. 2, § 7 f.; Findekeller p. II, cap. 2, sect. 1—3; Schorch § 3; Bodinus cap. 2, thes. 2. An der letzterwähnten Stelle heisst es:

Illi vero recte Philanthropum constituunt, qui contrahere possunt nec natura arcentur, uti infantes, furiosi et mente capti, nec lege excluduntur uti sunt minores 25 annis similiter servi, qui ex conventione civiliter haud obligantur, desgl. thes. 5 ejusd. cap. *Possunt autem omnes esse proxenetae qui ministerium et operas in perficiendis negotiis praestare possunt et regulariter nemo ab hoc officio arcetur, cum sit ex genere permissorum, nisi natura vel lex sit impedimento. Natura arcentur qui non habent consensum de quibus supra ad thes. 2. cap. 2 diximus. Lege excluduntur vel ob dignitatem uti Nobiles, Palatini, Praesides provinciae, vel ob militiam ne avocentur ab eadem aliis negotiis sese immiscendo. Hi enim omnes Philanthropum accipere et officium proxenetarum sustinere vix poterunt, quoniam illud admodum vile videtur, quod tamen, quo ad priores limitatur, si velint conciliatores et mediatores nuptiarum et assessurae esse non enim his sordidum aliquid aut vilis opera subest; in reliquis vero, si certus aliquis numerus proxenetarum in aliqua Republica reperiatur uti saepe contingit in Emporiis celebrioribus, alii omnes ab hoc negotio arcentur* (s. a. Straccha P. 1 er. 9); ferner Th. 6 ejusd. cap.: *Sed quid de iis, quibus propria bonorum administratio non competit e. gr. pupilli? Hos tamen admittendos esse existimo, si vero imperite in negotio versati fuerint, sibi imputare debent, qui eos adhibuerunt.* Ganz ähnlich Schorch § 3. Besonders werden von letzterem besprochen die Juden und die Verschwender. Er sagt: *Judaei apud nos munere proxenetae fungi non possunt, apud Polonos autem auctore Marquardo 1 8. 10 nullo interpellante.* Er fährt dann fort: *In quaestione autem, an prodigus proxenetae munus in se suscipere possit, ipsorum prodigorum ratio consideranda est. Ac is quidem, qui praevia causae cognitione bonorum administratione in curatorem delata sensu forensi prodigus sit, sane videbatur etiam ab hoc negotio removendus quod, qui propriis rebus praeesse non possit, multo minus aliorum recte tractare putetur. Et cum ejusmodi homo et contrahere atque se obligare prohibeatur nec quidquam rei suae alienare valeat, sequi videtur eum nec hoc munus quod totum in contrahendo ac negotiando consistit, gerere posse. Ista tamen nondum impediunt quo minus et talem posse hoc obire munus adfirmemus. Non enim sensales sibi contrahunt, nec semet obligant, sed operam suam aliis saltem adcommodant ac totius negotii rationes ipsis contrahentibus perpendendas considerandasque prrmittunt. Deinde, quod magnam vim habet, non tam*

besondere Vorbedingungen nicht verlangt. Auch Frauen[3]) können als Mäklerinnen auftreten und zwar sowohl als amtliche oder Privathandelsmäklerinnen[4]), wie als gewerbsmässige oder nicht gewerbsmässige Privatvermittlerinnen[5]).

Einer besonderen Form ist das Zivilvermittlungsgeschäft weder im römischen noch im heutigen gemeinen Recht unterworfen[6]).

Der Abschluss selbst erfolgt durch die Willenseinigung der Parteien über die Leistung und Gegenleistung, mit anderen Worten, durch den Consenz der beiden Kontrahenten, der darauf gerichtet ist, dass der Mäkler für den Auftraggeber ein Geschäft gegen Honorar vermitteln, der Auftraggeber die Vermittlung annehmen und das Honorar bezahlen solle. Sobald der Auftraggeber durch die Annahme der Mäklerdienste seine Einwilligung zur Übernahme der Geschäftsvermittlung durch den Mäkler zu erkennen gegeben hat, ist das *pactum proxeneticum* perfekt. Die später

---

ipsorum arbitrium, quam aliorum voluntas et consensus habiles eos ac idoneos reddit, unde si quid imperite fecerint, aut minus accurate circa negotia versati fuerint, id suae culpae isi, qui eos adhibere non dubitarunt, tribuere deberet. Sed opponat aliquis prodigos inter peccaminosos et delinquentes censeri et propterea adhoc munere arcendos esse. Falso! Nusquam enim prodigilitatem in delictorum munerum relatum esse videmus, cum nullum aliis damnum, sed potius plurimum pecunia sumibus faciendis dispergenda utilitatis adferant. Jam si prodigos ab hoc munere removeamus qui sit, ut ex decoctoribus et foro cedentibus plerumque hoc hominum genus proveniat. Bezüglich der Juden ist auch zu vgl. Riccius § 15; Findekeller l. c. sectio 3; bezüglich der Verschwender Silberrad § 7 l. c.; Findekeller sectio 1 l. c.

Anm. 3. Zu vgl. Riccius § 15; Lauterbach § 199; Titius § 3; Silberrad cap. 1, § 7 a. E.; Schorch § 3 und § 12; Findekeller p. II, cap. 2, sectio 1; Straccha p. I, cr. 18 ff.; Bodinus cap. 2, thes. 2: *Et quamquam foemina de jure civili omnem contractum peragere et sic etiam Philanthropum promittere possit, jure tamen Saxon. foeminis vix hoc conceditur, nisi curatorem ad Litem in simul adhibeant.* Landrecht lib. I, art 46, Chur-Saechs. Prozessordnung tit. 8; Carpzow p. 2, Const. 15, Def. 1.

Anm. 4. Amtliche Handelsmäklerinnen wird es in Wirklichkeit nicht wohl geben, das A. D. H.G.B. steht jedoch der Übernahme dieses Berufs durch eine Frau nicht entgegen, nach Art. 272 Z. 4 in Verbindung mit Art. 6 des H.G.B. unterliegt es keinem Zweifel, dass eine Frau Privathandelsmäklerin sein kann.

Anm. 5. Da nach § 11 der R.G.O. das Geschlecht in Beziehung auf die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines Gewerbes keinen Unterschied begründet, so kann jede Frau gewerbemässig Geschäfte vermitteln. — Heirats- und Gesindevermittlerinnen sind ja auch im täglichen Leben nichts Seltenes. — Was endlich die nicht gewerbemässige Gelegenheitsvermittlung anbelangt, so kann es nach den heutigen Rechtsanschauungen vollends keinem Zweifel unterliegen, dass eine Frau in dieser Richtung ebensowohl vermittelnd thätig sein kann als ein Mann.

Anm. 6. Auch das A. D. H.G.B. schreibt keine besondere Form für den Abschluss des Vermittlungsgeschäfts vor weder für amtliche Handelsmäkler noch für Privathandelsmäkler.

eingehend zu erörternde Eigentümlichkeit des Mäklervertrags, welche ihn als unter der stillschweigenden Bedingung des Zustandegekommenseins des zu vermittelnden Geschäfts abgeschlossen erscheinen und deshalb die Belohnung erst nach diesem Zeitpunkt als verdient gelten lässt, kann an dem Zeitpunkt des Eintritts der Perfection nichts ändern, jene Eigentümlichkeit ist nur für den Anspruch auf Lohn von Bedeutung. Die Annahme der Mäklerdienste durch den Auftraggeber, ebenso wie die Übernahme der Vermittlungsthätigkeit seitens des Mäklers kann auch durch concludente Handlungen erfolgen, da ausser bei nicht gewerbsmässigen Privatvermittlern [7]) — für diese gilt das Nachfolgende deshalb nicht — ein besonderes Lohnversprechen zur Begründung des Gebührenanspruchs nicht erforderlich ist [8]). Bei dem bekannten Hang der Vermittler, sich zu einem pekuniär günstigen Geschäft unaufgefordert aufzudrängen, wird man immerhin in dieser Hinsicht vorsichtig sein müssen und wird gut daran thun, nicht in jeder irgendwie mit der Vermittlung der gewollten Geschäfts im Zusammenhang stehenden Handlung des eventuellen Geschäftsherrn eine Annahme der Mäklerdienste zu finden. Es kommt vielmehr auf das Vorhandensein des animus obligandi auf Seiten des Auftraggebers an. Unaufgetragene oder aufgedrungene Geschäfte können denjenigen, dem die Dienste geleistet wurden, unmöglich verpflichten, es sei denn, dass der Annahmewillen desselben nachträglich deutlich zum Ausdruck gebracht worden wäre [9]). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es wegen der verhältnismässig hohen Gebühr [10]) der Mäkler nicht selten vorkommt, dass derjenige, dem die Vermittlungsdienste ohne vorangegangenen speziellen Auftrag geleistet worden sind, sich nach eingetretenem Erfolg seiner Verbindlichkeit zu entziehen sucht, indem er entweder die Erteilung seines Consenses oder die Übernahme der Dienste durch den Mäkler ableugnet; in zweifelhaften Fällen ist deshalb die Beurteilung der Sachlage für den Richter häufig eine äusserst schwierige.

Die Notwendigkeit eines zusammenstimmenden Willens auf Seiten des Auftraggebers und des Vermittlers stempelt das Mäklergeschäft zum zweiseitigen Geschäft; durch das ausdrücklich verabredete oder stillschweigend angenommene Lohnversprechen wird der Mäklervertrag zum zweiseitigen Vertrag.

Anm. 7. Darüber dass die nicht gewerbemässig betriebene Vermittlung einen seltenen Ausnahmefall bildet, siehe Anm. 9 in § 5.

Anm. 8. Zu vgl. § 9 dieser Arbeit bei Anm. 62 ff.

Anm. 9. Vgl. a. Striethorst Archiv 95, S. 293; R.O.H.G. 21, S. 374; Bolze 5, N. 583.

Anm. 10. Neubauer S. 8.

Ob der Mäkler nur mit dem ersten (eigentlichen) Auftraggeber in ein Vertragsverhältnis tritt oder auch mit dessen Gegenkontrahenten ist eine Frage, die für den amtlichen Handelsmäkler unbedingt in letzterem Sinne zu beantworten ist[11]). Für alle nicht amtlichen Handelsmäkler und insbesondere für die Privatmäkler liegt die Sache nicht so klar, doch ist, glaube ich, wie Rocholl in seinem Aufsatz über den Mäklervertrag in Band XX von Gruchots Beiträgen auf Seite 407 richtig bemerkt, kein Grund ersichtlich, weshalb das Prinzip des doppelten Vertragsverhältnisses nur auf amtliche Handelsmäkler, nicht auch auf Zivilmäkler Anwendung finden sollte[12]). Es wird weiter unten gezeigt werden[13]), dass der Mäkler — und zwar der Handelsmäkler sowohl als der Privatvermittler — weder eigentlicher Bevollmächtigter oder Stellvertreter des Auftraggebers noch einfacher *nuntius* ist, sondern dass er eine eigentümliche Zwischenstellung einnimmt, die ihn rechtlich sehr wohl befähigt, jenes doppelte Vertragsverhältnis einzugehen. Wie der Vertrag zwischen dem Vermittler mit dem eigentlichen Auftraggeber entsteht, ist soeben besprochen worden; die Entstehung des zweiten Vertragsverhältnisses zwischen dem Mäkler und dem Gegenkontrahenten des Auftraggebers wird man in den Zeitpunkt verlegen müssen, in welchem der Gegenkontrahent, nachdem ihm durch den Vermittler die Einladung des Auftraggebers mit ihm zu kontrahieren überbracht worden ist, dem Vermittler seine eigene Offerte anbietet und letzterer dieselbe entgegennimmt, um sie seinem Auftraggeber zur Annahme vorzulegen, d. h. mit anderen Worten: die Entstehung des zweiten Vertragsverhältnisses beginnt, sobald der Gegenkontrahent sich mit dem Mäkler als Vermittler des Auftraggebers in rechtswirksamer Weise eingelassen hat.

Für die Frage, nach welchem Recht das Vermittlungsgeschäft beurteilt werden soll, ist der Ort und Zeitpunkt des Abschlusses desselben nicht von Wichtigkeit, massgebend hierfür

---

Anm. 11. Zu vgl. Hahn Komm. I, S. 224; Puchelt Komm. zu Art. 66, Note 9, zu Art. 81 Note 2; Anschütz und Völderndorff I, S. 508; R.O.H.G. 4, S. 415; Busch A. 13, S. 413 ff., insbes. auch S. 416 zweiter Absatz unten u. S. 428 ff.; L. S. 28.

Anm. 12. Vgl. R.O.H.G. 4, S. 412 und Stenglein „Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland" Bd. 4, N. F. S. 233. An beiden Stellen findet sich ein Urteil des R.O.H.G. vom 12. Januar 1872 abgedruckt, in welchem aufgeführt ist, dass der im Art. 81 des H.G.B. ausgesprochene Satz, wonach der amtliche Handelsmäkler für sein Verschulden dem Auftraggeber und dem anderen Kontrahenten haftet, auch auf unverpflichtete Privatmäkler Anwendung finde (s. a. R. R. II, S. 93 Abs. 2).

Anm. 13. In § 7 beim Unterschied des Mäklers vom Stellvertreter und Boten.

erscheint vielmehr nach bekannten Grundsätzen, vorausgesetzt dass die Kontrahenten keine abweichende Vereinbarung in dieser Richtung getroffen haben, das Recht des Erfüllungsortes. Da die Erfüllung des Mäklergeschäfts gewöhnlich mit dem Zustandekommen des vermittelten Geschäfts eintritt, so werden regelmässig das Vermittlungsgeschäft und das vermittelte Geschäft nach einem und demselben Recht zu beurteilen sein. Es wird sich hiernach nicht nur die Frage, wann das vermittelte Geschäft als zu Stande gekommen zu betrachten ist, sondern auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Mäklerlohn als verdient zu gelten hat[14]), nach dem Rechte desjenigen Orts zu richten haben, an welchem die beiden Geschäfte zur Erfüllung gelangen. Eine Eigentümlichkeit besteht jedoch bezüglich des Masses der Vergütung; für die Höhe der Mäklergebühr sollen nämlich nach zwei Entscheidungen in Seufferts Archiv, Band XXII, Seite 2 und Band XXXIII, Seite 124 diejenigen Normen gelten, die am geschäftlichen Domizil des Vermittlers bestehen, vorausgesetzt natürlich, dass der Betrag des Mäklerlohns nicht vorher ausdrücklich vereinbart worden ist. Richtiger scheint es mir, auch die Höhe der Belohnung nach demjenigen Rechte zu beurteilen, welches dem ganzen Vermittlungsgeschäft zu Grunde gelegt wird.

II. Die Aufhebung des Mäklervertrags oder besser gesagt die Beendigung des durch den Mäklervertrag begründeten Rechtsverhältnisses wird herbeigeführt

1. durch die Erfüllung des Vertragsinhalts d. h. durch die vollständig und nach dem Willen des Geschäftsherrn ausgeführte Vermittlung von Seiten des Mäklers und durch die Ausbezahlung der vertrags-, gesetz- oder usancemässigen Provision seitens des Geschäftsherrn[15]);
2. durch wechselseitige Einwilligung — mutuus dissensus — nach dem bekannten Rechtssatz, dass ein *mutuo consensu* eingegangenes Geschäft auch *mutuo dissensu* wieder aufgelöst werden kann[16]);
3. durch den Tod des Mäklers oder des Geschäftsherrn[17]).
   a) Stirbt der Mäkler, so ist eine Fortführung des Vertrags schon deshalb meist unmöglich, weil, wie Rocholl i. R. R., Band II

Anm. 14. D. h. ob z. B. Zustandegekommensein des zu vermittelnden Geschäfts, Kausalzusammenhang, ausdrückliches Lohnversprechen u. s. w. erforderlich ist (s. § 9 Rechte des Mäklers).

Anm. 15. Zu vgl. Schorch § 9; Findekeller p. II, cap. 7; Silberrad cap. 4, § 14.

Anm. 16. Neubauer S. 24; Findekeller p. II, cap. 7; Silberrad cap. 4, § 17; Riccius § 84; Schorch § 9.

Anm. 17. Neubauer S. 30; R.R. II, S. 96; Schorch § 9; Findekeller p. II, cap. 7; Silberrrad cap. 4, § 14; Bodinus cap. 6, thes. 1.

auf Seite 96 mit Recht bemerkt, „die Sach-, Personen- und Ortskenntnis oder andere der Person des Vermittlers anhaftende Fähigkeiten die Auftragserteilung veranlasst haben". Wird an Stelle des verstorbenen Mäklers ein anderer zugezogen, so ist das zwischen diesem und der ihn beauftragenden Partei entstehende Rechtsverhältnis ein neuer Vertrag. Von einer Weiterführung des ursprünglichen Vermittlungsgeschäfts könnte man allenfalls dann reden, wenn mehrere Mäkler gemeinschaftlich ein derartiges Geschäft betreiben — man denke z. B. an Heiratsvermittlungsbureaux, an Häuserverkaufsagenturen u. dergl. — und nun einer von den Inhabern des Geschäfts stirbt.

b) Der Tod des Geschäftsherrn hebt den Vertrag auf, weil dessen Wille für seine Erben nicht bestimmend ist, die letzteren somit in keiner Weise verpflichtet sind, in das von ihm beabsichtigte und angebahnte Geschäft einzutreten und noch viel weniger gebunden erscheinen, sich des von dem Verstorbenen gewählten Vermittlers zu bedienen. Liegt den Erben daran, das vom Erblasser begonnene Geschäft durch Vermittlung des ursprünglichen Mäklers fortzuführen, so steht ihnen natürlich nichts im Wege. Dass dann der Causalnexus zwischen der Vermittlungsthätigkeit und dem etwaigen Geschäftsabschluss der Erben nicht mehr vorhanden sein könne, wie Rocholl auf Seite 96 in seinen Rechtsfällen anführt, halte ich nicht für zutreffend, da der Causalzusammenhang [18]) nur verlangt, dass das zu Stande gekommene vermittelte Geschäft eine Folge der Thätigkeit des Mäklers sei und dieses Erfordernis durch den Eintritt des Personenwechsels auf der Seite des Geschäftsherrn **nicht** gestört wird.

Die Frage, ob der Mäkler einen Anspruch auf Entschädigung für begonnene Dienstleistungen gegen die Erben des Geschäftsherrn hat, wenn diese das angefangene Geschäft nicht zu Ende führen wollen, ist nach dem noch zu erörternden Prinzip [19]), nach welchem der Mäkler das Risiko erfolgloser Bemühungen zu tragen hat, unbedingt zu verneinen; entweder das zu vermittelnde Geschäft ist zu Stande gekommen, dann hat der Mäkler den ursprünglich gegen den Geschäftsherrn begründeten Anspruch auf Belohnung nachträglich gegen dessen Erben oder das Geschäft ist noch nicht abgeschlossen, dann ist auch noch

---

Anm. 18. Zu vgl. § 9 dieser Arbeit bei Anm. 50 ff.

Anm. 19. Zu vgl. § 9 dieser Arbeit bei Anm. 23 ff.

keine Lohnforderung vorhanden. Immerhin wird man den Erben des Auftraggebers die Auflage machen dürfen, den Tod dem Mäkler sofort anzuzeigen, um ihn von weiterem Aufwand an Zeit, Geld und Mühe abzuhalten. Ob der Mäkler einen Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen zu machen berechtigt ist, muss nach dem später in § 9 Ausgeführten beurteilt werden[20]). Von einer Bereicherung des Geschäftsherrn bzw. seiner Erben oder von einer Beschädigung des Mäklers durch einzelne von demselben vorgenommene Vorbereitungshandlungen kann — wie Rocholl auf Seite 97 l. c. richtig bemerkt — ebensowenig die Rede sein, wie von einer teilweisen Erfüllung.

Dasselbe gilt andererseits für die Erben eines Mäklers, dessen Tod zu einer Zeit erfolgt ist, zu welcher das zu vermittelnde Geschäft von ihm begonnen, aber noch nicht zu Ende geführt war; auch hier cessiert für die Erben jeder Anspruch auf Gebühr oder Entschädigung.

4. Durch eintretende Handlungs- und Willensunfähigkeit des Mäklers oder des Geschäftsherrn[21]). Diese Art der Beendigung wird als mit dem Tode gleichbedeutend betrachtet werden müssen[22]).

Hierher gehört auch die partielle Handlungsunfähigkeit, die mit der Konkurseröffnung über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners für letzteren eintritt.

a) Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers und jede Zwangsvollstreckung, durch welche das Objekt des Vermittlungsgeschäfts der freien Verfügung des Auftraggebers entzogen wird, beendigt deshalb das Rechtsverhältnis, welches durch den Mäklervertrag entstanden ist.

b) Die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Mäklers hat dagegen die Beendigung des Vermittlungsvertrags nicht zur Folge. Da seine Dienstleistungen gewöhnlich keinen grossen Geldaufwand erfordern und die Deutsche Reichs-Konkursordnung in § 5 dem Gemeinschuldner nur das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen entzieht, seine allgemeine Geschäftsthätigkeit aber nicht berührt, so liegt kein Grund vor, ihm mit der Eröffnung des Kon-

---

Anm. 20. Zu vgl. § 9 dieser Arbeit bei Anm. 135 ff.

Anm. 21. Vgl. auch Anm. 2 dieses Paragraphen.

Anm. 22. R.R. II, S. 100; Neubauer S. 30 f.

kurses über sein Vermögen auch die Thätigkeit als Geschäftsvermittler aufzutreten, zu nehmen[23]). Dem Auftraggeber bleibt es selbstverständlich unbenommen, von dem Mäklervertrag in einem solchen Falle zurückzutreten.

5. Durch Rücktritt des Geschäftsherrn oder des Mäklers.

Dass dem Mäkler sowohl als seinem Geschäftsherrn das Recht des freien Rücktritts zusteht, ist in Theorie und Praxis niemals angezweifelt worden[24]); es folgt von selbst aus dem später zu entwickelnden Grundsatz, dass weder der Mäkler den Auftraggeber zum Abschluss des zu vermittelnden Geschäfts noch der Auftraggeber den Mäkler zur Fortsetzung seiner Vermittlungsthätigkeit klageweise zwingen kann. Regelmässig wird der Rücktritt durch eine klare und bestimmte Willenserklärung kundgegeben werden, doch sind an deren Stelle auch concludente Handlungen und Unterlassungen denkbar. Übrigens ist, wie Rocholl auf Seite 97 l. c. richtig bemerkt, „nicht jede Handlung, die mit der Vertragspflicht des handelnden Kontrahenten unvereinbar ist, schon für einen Widerruf zu erachten. Es kann in concreto sehr zweifelhaft sein, ob anzunehmen, dass von Seiten eines der Kontrahenten (des Mäklers oder Auftraggebers) ein Rücktritt erklärt worden ist". Was die Unterlassungen betrifft, so können sie in der verschiedensten Weise vorkommen; ein häufiger Fall ist,

---

Anm. 23. Über den Einfluss des Konkurses auf die Möglichkeit zu vermitteln vgl. auch Silberrad cap. 2, § 10. Dort heisst es: *De decoctoribus major dubitatio. Sed distinguendum puto, num infortunio an culpa sua in calamitatem istam ceciderint? Priori casu, quin, uti ad alia media, quibus fortunae inclementiam honeste sublevent, ita etiam ad hoc officium admitti possint, nullus ambigo, nam quemadmodum ex mercaturae exercitio, quod antea frequentarunt, multa utilia hujusmodi negotia addidicerunt, ita, majore etiam cum fructu, aliis negotiantibus inservire poterunt, quo pertinet procul dubio illud passivum:* Ein verdorben Kopmann ist ein gut Mäkler; Gleichwie man auch von verdorbenen Bauern sagt, dass sie gut Hof- und Scheiermeister geben. *De posterioris sortis fallitoribus res periculosior videtur, quia infeliciores casus animum malum regulariter non mutant, ut adeo cavendi potius sunt, quam adhibendi ad talia munera. Ea de causa illos a mercatura et iis quae eam concomitantur excludendos censet* Straccha tract. de mercat. p. III er. 35 u. 36.

Anm. 24. R.R. II, S. 74, S. 96 ff.; Neubauer S. 25 ff.; Riccius § 84; Silberrad cap. 4, § 14; Zachariae § 1 a. E.; Gruchots Beiträge Bd. 28, S. 838; v. Hahn Komm. I, § 4, S. 168. Diejenigen Schriftsteller, die dem Auftraggeber eine Erfüllungsklage gewähren, verlangen dass der Mäkler nicht zur Unzeit zurücktrete, so z. B. Schorch § 9 (s. a. Anm. 51 in § 8 dieser Arbeit). *Tum vero finitur munus sensalis ipsius renuntiatone, modo fiat tempestive, hoc est re adhuc integra. Nam cum primum partium interesse coepit, sensali integrum non erit negotium deserere.* Diese Anschauung hat ihren Grund in der Anwendung der Mandatstheorie auf das Mäklergeschäft.

dass der Mäkler während längerer Zeit unthätig bleibt und die Vermittlungsthätigkeit temporär einstellt. Hieraus eine Rücktrittsabsicht desselben folgern zu wollen, wäre in vielen Fällen bedenklich.

a) Regelmässig bildet der Rücktritt des Mäklers juristisch weniger Schwierigkeiten als derjenige des Geschäftsherrn, insbesondere deshalb, weil beim Rücktritt des Vermittlers von einem etwaigen Schaden, der durch den Rücktritt selbst entstanden wäre, ebensowenig wie von einem Schadensersatzanspruch des Auftraggebers gegen den Mäkler die Rede sein kann.

b) Der Rücktritt des Auftraggebers vom Mäklervertrag[25]) oder wie man ebensogut sagen kann, der Widerruf des Mäklervertrags durch den Auftraggeber — ein Unterschied zwischen beiden Ausdrücken besteht nicht[26]) — ist wie das Zurücktreten des Mäklers jederzeit möglich.

Uneinigkeit besteht über den Begriff des arglosen Rücktritts des Auftraggebers und über die rechtlichen Folgen eines solchen. Wir haben uns noch an einer anderen Stelle[27]) mit diesem Punkt zu beschäftigen. Rocholl, der auf Seite 99 l. c. den arglosen Rücktritt im Zusammenhang mit dem Rücktritt überhaupt behandelt, erkennt die Möglichkeit eines solchen an, bestreitet jedoch, dass derselbe für den Mäkler die Klage auf Erfüllung im Gefolge hat, gesteht letzterem vielmehr nur eine Klage auf Entschädigung zu. Dass die Entschädigung bis zur Höhe der bedungenen Belohnung arbitrirt werden kann, leugnet Rocholl nicht, sobald — wie er sagt — „aus den vom Kläger darzulegenden Umständen der Überzeugungsbeweis zu entnehmen ist, dass der Kommittent lediglich aus dem Grunde seinen Rücktritt erklärt hat, um dem Mäkler die Provision für das nach der Rücktrittserklärung wirklich abgeschlossene Geschäft zu entziehen“. Rocholl fügt bei,

---

Anm. 25. Eine häufige Veranlassung für den Auftraggeber, vom Vertrag zurückzutreten wird doloses Verhalten auf Seiten des Mäklers sein, desgleichen schlechte Erfahrungen mit den Fähigkeiten und Kenntnissen des Vermittlers oder die dem Auftraggeber zu Ohren gekommene Thatsache, dass der Mäkler auch vom Gegenkontrahenten sich eine Belohnung hat versichern lassen, so dass der Auftraggeber an der Unparteilichkeit des Mäklers Zweifel bekommt und ähnliche Fälle (vgl. auch das in § 8 von Anm. 10 Gesagte).

Anm. 26. Das von Neubauer auf S. 25 mit Rücksicht auf Eccius, der das Widerrufsrecht des Auftraggebers leugnet, aber ein Rücktrittsrecht anerkennt, Ausgeführte bezieht sich auf das Preuss. Allg. Landrecht.

Anm. 27. In § 9, wo über den arglosen Rücktritt bei Anm. 45 die Rede ist.

dass „hierzu der Beweis gehören würde, dass der Kommittent bei seinem Rücktritt bereits den später ausgeführten Entschluss gefasst habe, das vom Mäkler vermittelte Geschäft abzuschliessen". Diese Ausführungen Rocholls sind unbedingt richtig; da aber ein arglistiger Rücktritt eben nur dann vorliegt, wenn der Auftraggeber nachweislichermassen um dem Mäkler den Lohn zu entziehen diesen Schritt gethan hat, wogegen eine *mala fides* des Auftraggebers nicht vorhanden ist, wenn er in irgend einer anderen Absicht vom Vertrag zurückgetreten ist, so dürfte es richtiger sein, im Fall eines wirklichen arglistign Rücktritts nicht nur einen Schadensersatzanspruch, sondern einen eigentlichen Lohnanspruch dem Mäkler zu gewähren. Es scheint mir diese Behandlungsweise folgerichtiger und mit dem aleatorischen [28]) Wesen des Mäklervertrags besser vereinbar zu sein als die Auffassung Rocholls. Im Resultat ist zwischen seiner Ansicht und der hier vertretenen kein grosser Unterschied. Dass ein *bona fide* ausgeführter Rücktritt keine Ersatzpflicht des Auftraggebers begründet, steht ausser Zweifel.

6. Durch Auflösung im Rechtsweg wegen absoluter Nichtigkeit des Vermittlungsgeschäfts [29]).

   Das *pactum proxeneticum* ist ein *negotium nullum*, wenn das zu vermittelnde Geschäft nichtig ist, weil ihm dann eine wesentliche Existenzbedingung fehlt [30]).

7. An letzter Stelle lässt sich die Verjährung als Aufhebungsgrund aufführen [31]), doch glaubte ich dieselbe mit besserem Recht beim Verlust der Mäklergebühr [32]) behandeln zu sollen, da durch Verjährung in erster Linie der Anspruch auf Belohnung für den Mäkler verloren geht und der Aufhebung des durch den Mäklervertrag begründeten Rechtsverhältnisses im Vergleich dazu nur eine nebensächliche Bedeutung zukommt.

Anm. 28. Zu vgl. § 9 bei Anm. 23 ff., insbes. Anm. 28.

Anm. 29. Zu vgl. Schorch § 5 und § 9.

Anm. 30. Näheres hierüber siehe in § 9 bei Anm. 33 und 34.

Anm. 31. Neubauer S. 32 führt die Verjährung bei den Aufhebungsgründen des Mäklervertrags auf.

Anm. 32. Siehe § 9 bei Anm. 116 ff.

§ 7.

Thätigkeit des Mäklers. Unterschied desselben vom Stellvertreter und Boten.

Da weder im römischen oder gemeinen Recht noch in den heutigen Partikulargesetzen Spezialbestimmungen über den Mäklervertrag existieren [1]), so ist man darauf angewiesen, aus der inneren Natur des Mäklergeschäfts heraus die Grundlagen für dessen rechtliche Beurteilung zu gewinnen und dazu gelangt man am besten, wenn man die Thätigkeit der Mäkler einer sorgfältigen Betrachtung unterzieht.

Worin diese Thätigkeit im alten Rom bestanden hat, darüber geben uns die Quellen nur ganz mangelhafte Auskunft. In dem einschlägigen Digestentitel 50, 14 finden sich die Ausdrücke: *intervenire faciendi nominis* d. h. ein Gelddarlehen vermitteln [2]), *monstrare nomen, laudare nomen* ein Darlehen nachweisen, oder richtiger gesagt, einen Darlehensnehmer nachweisen, ihn loben, anpreisen; *operula defungi* [3]), *ministerium accomodare* [4]), *emptionibus venditionibus, commerciis, contractibus licitis utilem se exhibere* [5]). Alle diese Bezeichnungen sind, wie Kuhn im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 6, N. F. auf S. 229 richtig bemerkt, viel zu allgemein, um die Thätigkeit eines Mäklers irgendwie juristisch zu kennzeichnen [6]). Man ersieht zwar aus dem Gesamtinhalt des Digestentitels, dass die römischen Mäkler sich mit der Vermittlung von Darlehen, Käufen und Verkäufen, Freundschaftsbündnissen, auch mit Stellen- und Heiratsvermittlung *(assessura, condicio)* [7]) beschäftigt haben; über die Art und Weise, wie sie ihre Vermittlungsthätig-

---

Anm. 1. Das Königreich Sachsen macht in § 1254 seines Bürgerlichen Gesetzbuches hiervon eine Ausnahme.

Anm. 2. *Nomen facere* bedeutet nach Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts eigentlich: den Namen eines Schuldners, somit einen Forderungsposten im Hausbuch eintragen, also überhaupt eine Darlehensforderung begründen, ein Kapital darleihen.

Anm. 3. Straccha p. I, er. 9 ff.

Anm. 4. Straccha p. I, er. 9 ff.

Anm. 5. Straccha p. II, er. 10 ff., insbes. er. 12.

Anm. 6. Beachtenswert ist, dass in dem Digesten-Titel „de proxeniticis“ alle Ausdrücke peinlich vermieden sind, welche ein „für und statt eines anderen handeln“ andeuten könnten. Tophoff in Gruchots Beiträgen Bd. 17, S. 789, der meines Wissens als Erster auf diese Thatsache aufmerksam gemacht hat, fügt in zutreffender Weise bei, dass es in l. 3 des citierten Titels *emptionibus venditionibus utiles se exhibere* und nicht *utiliter agere pro emptore venditore* heisst.

Anm. 7. Siehe Anm. 5 in § 4 dieser Arbeit.

keit entfalteten, wird uns aber so gut wie nichts berichtet, denn auch in dem Satz in lex. 2, Dig. l. c. *proxeneta monstrat magis nomen quam laudet* ist eben nur die allernotwendigste Arbeit eines Darlehensvermittlers erwähnt, ohne die sich eine Vermittlung überhaupt nicht denken lässt[8]). Der Mangel an eingehenden Quellennachrichten über die Thätigkeit der Mäkler lässt sich wohl daraus erklären, dass die Vermittlungsarbeit in thatsächlicher Beziehung eine, wenn auch mannigfach geartete, doch sehr einfache ist und an und für sich jeder juristischen Bedeutung entbehrt. Da sich die Thätigkeit des Vermittelns bei allen Völkern und in allen Zeiten ungefähr in derselben Weise vollziehen wird, so darf man füglich annehmen, dass die *proxenetae* in Rom die Rechtsgeschäfte etwa ebenso vermittelten, wie es die heutigen Mäkler bei uns thun. Fragt man aber, worin heutzutage die Thätigkeit des Mäklers besteht, so lautet die einfachste Antwort darauf: im Vermitteln. Die wichtigste Arbeit aller Mäkler, der Handelsmäkler sowohl als der Privatmäkler, man wird sogar sagen dürfen, die einzige Arbeit, die der Mäkler in seiner Eigenschaft als Mäkler zu verrichten hat, ist diejenige des Vermittelns. Was der Mäkler über die Grenzen der Vermittlung hinaus für Andere thut, ist kein ächtes Mäklergeschäft mehr, auch wenn es im engsten Zusammenhang mit der übrigen Vermittlungsthätigkeit steht. Die hier vertretene Ansicht, dass die Thätigkeit des Mäklers mit dem Ausdrucke „vermitteln“ erschöpfend bezeichnet ist, findet sich mit anderen Worten auch in Rocholls „Der Mäklervertrag *de lege ferenda*“ in Gruchots Beiträgen Bd. 20 S. 399 ff.[9]). Verschiedene Schriftsteller[10]) stellen dem Begriff des „Vermittelns“ einen anderen des sogenannten Nachweisens oder Zuführens gegenüber; andere[11]) konstruieren feine Unterschiede zwischen der Thätigkeit des Mäklers, die im „Nachweisen“ besteht und zwischen denjenigen, die als „Zuweisen“ bezeichnet wird. Ohne die Feinheit dieser Unterschiede verkennen zu wollen, glaube ich doch, dass sie praktisch nur selten verwendbar sind. Bestimmte Regeln über die Thätigkeit des Mäklers lassen sich nicht geben, man wird vielmehr immer darauf angewiesen sein, sich im einzelnen Fall die Frage

---

Anm. 8. Über das *monstrare* und *laudare*, vgl. a. K. S. 230 ff.; Straccha p. III, cr. 6 ff.; cr. 12 ff. u. a. O.

Anm. 9. Dort heisst es auf Seite 404: „Jede Art der Mäklerthätigkeit ist eine vermittelnde und deshalb ist es weder notwendig noch nützlich in das Gesetz eine Exemplifikation aufzunehmen, wie z. B. Art. 67 des H.G.B., oder eine Klassifikation, wie das sächsische Zivilgesetz in § 1254 es gethan hat. Für die Gesetzgebung genügt vollständig diejenige Begriffsbestimmung, welche Art. 66 des H.G.B. enthält, indem es Mäkler als Vermittler von Rechtsgeschäften bezeichnet. Damit ist der Unterschied von dem Dienstmann, Stellvertreter Boten, deutlich genug ausgedrückt.

Anm. 10. z. B. Neubauer S. 9, Sächs. Zivilgesetzbuch § 1254.

Anm. 11. K. in § 2.

vorzulegen, ob der Mäkler durch seine Thätigkeit das gewünschte Geschäft vermittelt hat oder nicht[12]).

Vermittelt werden Rechtsgeschäfte dritter Personen. So verschieden geartet diese Rechtsgeschäfte sind, so mannigfaltig sind auch die Mittel und Wege, die dem Mäkler bei Ausübung seiner Vermittlungsarbeit zu Gebote stehen.

Die Güteragenten z. B. weisen den Käufern die Grundstücke, den Verkäufern die Kauflustigen nach. Sie machen die ersteren mit der Beschaffenheit des Kaufobjekts, die letzteren mit der Zahlungsfähigkeit der Kauflustigen bekannt. Sie bringen die Kontrahenten zusammen und führen schliesslich durch Fixierung der Vertragsmodalitäten und Ausgleichung der dabei etwa hervortretenden Parteidifferenzen den Abschluss des Geschäfts herbei[13]).

Bei den Gesindemäklerverträgen drehen sich die Verhandlungen insbesondere über die physische und intelektuelle Fähigkeit der Dienstboten, über ihre Zuverlässigkeit und Ehrlichkeit einerseits und über die Lohnverhältnisse andererseits.

Die Darlehensvermittler haben ihr Hauptaugenmerk auf die Kreditwürdigkeit der Darlehensempfänger zu richten[14]) und so zeigen sich bei der Vermittlung aller Rechtsgeschäfte gewisse, mit dem Wesen derselben zusammenhängende Eigentümlichkeiten.

Im Einzelnen ist dem eigenen Gutdünken der Mäkler gänzlich überlassen, auf welche Weise sie vermittelnd thätig zu sein wünschen; ihre Thätigkeit ist im Voraus nicht genau bestimmbar und soll von dem Auftrag-

---

Anm. 12. Übereinstimmend hiermit heisst es bei Rocholl in R.R. II auf S. 82, „auch dann, wenn der Auftrag darauf lautet, dass der Mäkler eine Person nachweisen solle, mit welcher, oder einen Gegenstand, über welchen ein projektiertes Geschäft abgeschlossen werden könne, ist darin doch ein Auftrag zur Vermittlung enthalten, indem der Nachweis der Person, sowohl die Ermittlung einer solchen, als auch die Verhandlung mit derselben über die Offerte des Kommittenten, sowie die Mitteilung an den letzteren, dass die ermittelte Person geneigt und geeignet sei, das Geschäft abzuschliessen, umfasst und indem der Nachweis des Gegenstandes sowohl die Ermittlung desselben als auch die Verhandlung mit derjenigen Person, welcher die rechtliche Verfügung über den Gegenstand zusteht, in sich schliesst. Gleichviel also ob die erforderten Dienste als Nachweisungs- oder Vermittlungsthätigkeit bezeichnet werden, so sollen sie doch stets einen projektierten Geschäftsabschluss vorbereiten." (Vgl. auch die Litteratur in Anm. 15 auf S. 83 in R.R. II.

Anm. 13. Vgl. insbesondere Silberrad cap. 3, § 10; Findekeller p. 2, cap. 3, sectio 6.

Anm. 14. Riccius sagt in §45: *Proxenetae mutuo sumendo nominibusque faciendis succurrunt ita quidem ut pecunia foenebri integrata viam ejus impetrandae egentibus indicent ex quo subinde quaestus ei adquiritur.* Über die Vermittlung von Darlehen vgl. insbesondere auch Findekeller p. 2, cap. 3, sectio 4, Silberrad cap. 3, § 8 und 9; Schorch § 4.

geber gar nicht in ihren einzelnen Bestandteilen fixiert werden. Der Mäkler soll vielmehr bei Vorbereitung des zum Abschluss kommenden Rechtsgeschäfts diejenigen Handlungen vornehmen, die ihm im gegebenen Fall als die geeignetsten und zweckdienlichsten erscheinen. Je geschickter er sich in der Auswahl seiner Massregeln erweist, desto rascher und desto günstiger wird das Resultat seiner Bemühungen für den Auftraggeber und indirekt für ihn selbst sein. Geschicklichkeit, Menschen- und Sachkenntnis, Gewissenhaftigkeit bei Besorgung der ihm aufgetragenen Angelegenheiten, Geschäftserfahrung sind die wichtigsten Vorbedingungen für einen erfolgreichen Unterhändler[15]). Aber wenn auch die Arbeit des Mäklers für die verschiedenen Arten von Rechtsgeschäften verschieden ist und deshalb in ihren Einzelheiten am besten seinem freien Arbitrium überlassen bleibt, so lassen sich doch gewisse gemeinschaftliche Momente herausfinden, die bei jedem Vermittlungsgeschäft wiederkehren.

Regelmässig hat der Mäkler die Aufgabe, Personen, die zur Vertragsschliessung geeignet erscheinen, aufzusuchen; er muss sie zusammenführen, ihre Erklärungen und Willensentschlüsse zur gegenseitigen Kenntnis bringen, deren Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung konstatieren, sie zum Abschluss des Vertrags bestimmen; kurz gesagt: er hat im Interesse anderer Personen, die ein Rechtsgeschäft mit einander einzugehen wünschen, sich einer Dienstleistung zu unterziehen mit dem Endzweck, einen Vertragsabschluss zwischen diesen Personen herbeizuführen. Die Dienstleistungen des Mäklers sind stets thatsächlicher Natur; solange er als Mäkler thätig ist, nimmt er keine juristischen Handlungen vor. Seiner Vermittlungsarbeit kommt für die Beurteilung und den Charakter der von ihm vermittelten Geschäfte eine juristische Bedeutung nicht zu, weil, wie Laband Seite 2 zutreffend ausführt, der Abschluss des Vertrags, seine Rechtsbeständigkeit und seine Wirkungen sich lediglich nach den Personen der Kontrahenten richten ohne Rücksicht darauf, dass durch die Thätigkeit des Mäklers der Consens der Parteien erzielt worden ist[16]).

Anm. 15. Marquardus in seinem Traktatus I, cap. 8, N. 52 citiert eine Stelle des Hieronymus Cardanus, in der die Eigenschaften des Mäklers besonders scharf hervorgehoben werden, es heisst dort: *eligatur vir impiger, callidus, versutus, comis, nugax, efficax in rationibus et argumentis promptus et occasionum maximus captator, exercitatus in omnibus ejusmodi negotiis, quod summum est denique.* Schorch sagt in § 3: *Requiritur ut proxeneta sit fidus, sincerus, apertus, inimicus fuci et mendaciorum, aequitatis amans, ac utriusque partis commodi studiosissimus. Idem vero etiam debet esse impiger, comis callidus, versutus, nugax cum verborum in emendo vendendoque maxima vis sit, argumentis ad persuadendum idoneis copiosus et temporum maximus captator.*

Anm. 16. Darin liegt einer der Unterschiede zwischen der Mäklerarbeit und der Stellvertretung.

Aber auch an und für sich hat die Thätigkeit des Mäklers keine rechtliche Bedeutung, erst wenn sie bis zum rechtswirksamen Abschluss des vermittelten Geschäfts gediehen ist, hat sie das für den Mäkler rechtsbedeutsame Moment einer Belohnung im Gefolge. Wann diese Belohnung verdient ist und unter welchen Voraussetzungen, darüber wird in einem späteren Paragraphen [17]) die Rede sein. Hier genügt es vorläufig zu konstatieren, dass unter normalen Verhältnissen dem Mäkler ein Lohn für seine Arbeit zu teil wird und dass die Belohnung mit dem in rechtswirksamer Weise zu stande gekommenen vermittelten Geschäft als verdient gilt.

Das Abschliessen von Geschäften, auch der von ihnen selbst vermittelten, steht den Mäklern als solchen nicht zu; wenn sie in einem einzelnen Fall ihre Thätigkeit darauf ausdehnen, so handeln sie eben nicht mehr als eigentliche Mäkler, sondern fallen unter den Begriff von Kommissionären, Bevollmächtigten, Stellvertretern, Agenten [18]). Zweifellos besteht in neuerer Zeit die Tendenz der Mäkler, das ihnen aufgetragene Geschäft nicht nur zu vermitteln, sondern auch für eine der Parteien abzuschliessen; mit anderen Worten die Tendenz aus dem Mäklergeschäft ein Kommissionsgeschäft zu machen. Zweifellos ist auch, dass aus Zweckmässigkeitsrücksichten die Mäkler, wenn sie ihre vermittelnde Thätigkeit mit Erfolg ausgeübt haben und die Kontrahenten infolge ihrer Bemühungen willenseinig geworden sind, häufig als Stellvertreter namens einer der Parteien das Geschäft mit der anderen Partei abschliessen, doch darf man deshalb sich nicht zu der irrtümlichen Ansicht verleiten lassen, als bilde die Abschliessung des zu vermittelnden Geschäfts noch einen Teil der Mäklerarbeit.

Anm. 17. Siehe § 9 dieser Arbeit.

Anm. 18. Riccius sagt in § 12: *proxeneta potest tractare, sed non concludere, nisi a partibus habeat mandatum ad concludendum* und desgl. Mascardus Conclusio 1041 in Ziff. 2: *Officium proxenetae est tractare non autem concludere, nisi ad id speciale mandatum habeat;* ebenso Straccha p. I er. 6. Der erste Teil dieser Sätze ist unanfechtbar, den zweiten Teil, *nisi habeat mandatum ad concludendum* hätten die genannten Autoren besser weggelassen oder wenigstens dahin ergänzt, dass, sobald ein Mäkler zum Abschliessen des Geschäfts den Auftrag erhält und diesen ausführt, er eben nicht mehr als ächter Mäkler handelt. Logischer, weil ohne den vorhin besprochenen Beisatz, drückt sich der sächsische Rechtslehrer Soden in den Consilia Vitenb. 1609, pag. 338 aus, wenn er die Mäklerarbeit dahin definiert: *Officium proxenetae vel mediatoris non est concludere, sed dumtaxat tractare inter partes, proxeneta non gerit officium partium, sed mediante proxeneta partes ipsae in praesentia concludunt contractum,* ebenso Riccius in § 51: *ad proxenetae officium non pertinet, partes ad negotium quod ipse conciliavit implendum Fidemque servandam compellere atque adeo non necesse habet, in lite, quae ex negotio ab ipso conciliato oritur, intervenire eique parti, quae pro eo servando laborat, adsistere.*

Übrigens nicht nur die Mäkler selbst, auch die juristiche Doctrin und Praxis zeigt teilweise das Bestreben, in das Wesen des Mäklervertrags ausser dem Begriff des Vermittelns noch denjenigen des Abschliessens mithereinzunehmen[19]). Man kann deshalb nur bedauern, dass das A. D. H.G.B., das im 7. Titel des ersten Buches den Charakter der amtlichen Handelsmäkler als einen „vermittelnden" auf strengste und logischste durchgeführt hat[20]), im Art. 272 Ziff. 4 die beiden Begriffe der Vermittlung und der Abschliessung von Geschäften neben einander gestellt und dann noch den Satz beigefügt hat, dass die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler unter jene Handelsgeschäfte im Sinne des Art. 272 Ziff. 4 nicht einbegriffen seien[21]). Dass diese Fassung des Gesetzes eine Verwirrung über das Wesen des Mäklergeschäfts hervorzubringen geeignet ist[22]), wird wohl kaum angezweifelt werden können, insbesondere wenn man noch in Betracht zieht, dass die Geschäfte des Art. 272 Ziff. 4 meist kurz als die Geschäfte der Privathandelsmäkler bezeichnet werden und dass es sowohl im Handels-

---

Anm. 19. So z. B. heisst es bei Endemann „das Deutsche Handelsrecht", Heidelberg 1865 in § 165 auf Seite 780, Anm. 4: „In der Regel soll der Mäkler den Abschluss zu Stande bringen. Mitunter nennt man freilich auch den schon Mäkler, der nur als Unterhändler oder Zwischenträger dienen soll." Schweppe in seinem römischen Privatrecht Band III, § 572 sagt: „proxenetae sind Personen, die ein Gewerbe daraus machen, für andere Aufträge zu besorgen, besonders auch etwas zu vermitteln. Sie haften ihrem Prinzipale nicht, wenn derjenige, an welchen sie Namens des letzteren verkauft oder welchen sie als Schuldner ihres Prinzipals angenommen haben, zur Zeit der zu beschaffenden Leistungen sich insolvent befindet. Der Geheime Justizrat R. v. Kräwel verwendet in einem Aufsatz über den Mäklerlohn in Gruchots Beiträgen Bd. 20, S. 683 ff. zu verschiedenen Malen den Ausdruck „Kommissionär" gleichbedeutend mit dem Wort „Mäkler" (vgl. auch die folgende Anm. 20 a. E.)

Anm. 20. Zu vgl. Art. 67, Abs. 1: „die Handelsmäkler vermitteln", desgl. der ganze Inhalt des Abs. 2 des Art. 67; Art. 69, Ziff. 1, 3 und 6, wo überall nur von „vermitteln" und Vermittlung" die Rede ist, Art. 76, Abs. 1, wo die Begriffe des Abschliessens und des Vermittelns als Gegensätze einander gegenüber gestellt worden. Wenn Dietzel im Archiv für Deutsches Wechselrecht von Siebenhaar T. 7, S. 294 trotzdem die Ansicht verteidigt, dass ein Handelsmäkler nach den Vorschriften des A. D. H.G.B. in ähnlicher Weise, wie der in Art. 298 für einzelne Handelsgeschäfte bestellte Bevollmächtigte zum Abschluss von Geschäften im Namen seines Auftraggebers berechtigt und daher als derjenige, der den Vertrag für seinen Mandanten eingehe, anzusehen sei, so ist dies völlig unverständlich.

Anm. 21. Durch diesen Zusatz über die amtlichen Handelsmäkler, der hinter den Worten Vermittlung und Abschliessung steht, wird der irrigen Auffassung, als fiele auch die Abschliessung von Handelsgeschäften für andere Personen unter den Begriff des Mäklervertrags ganz besonders Vorschub geleistet.

Anm. 22. Eine Verwirrung, die sich selbstverständlich von den Privathandelsmäklern auf die Privatmäkler ausdehnen musste.

gesetzbuch als in den meisten Landesgesetzen gänzlich an näheren Bestimmungen über die Privathandelsmäkler bzw. Privatmäkler fehlt. Wenn auch diejenigen Juristen, die sich eingehend mit dem Mäklervertrag beschäftigen, eine Vermengung der beiden Begriffe des Abschliessens und des Vermittelns sich nicht wohl werden zu Schulden kommen lassen, so dürfte doch in den Urteilen der gegenwärtig mit Mäklerprozessen überschwemmten Gerichte eine solche Vermischung der genannten Begriffe kein ganz seltenes Vorkommnis sein und dazu trägt jene Fassung des A. D. H.G.B. nicht zum wenigsten bei. Je mehr aber die Praxis sich über den Unterschied zwischen Mäkler und Kommissionär hinwegsetzen sollte, um so mehr dürfte wohl die Theorie bestrebt sein, an der scharfen Abgrenzung der beiden Rechtsgeschäfte festzuhalten.

Seine Thätigkeit kann der Mäkler ganz von sich aus entfalten, ohne von irgend Jemanden aufgefordert zu sein, in der Hoffnung Interessenten für sein Geschäft zu finden[23]); der gewöhnliche Fall aber ist, dass er den Beginn seiner Thätigkeit von einem vorangegangenen Auftrag abhängig macht. Meistens wird der Auftrag dahin gehen: der Mäkler solle eine Person nachweisen, die sich zur Eingehung eines bestimmten Vertrags eigne oder einen Gegenstand ermitteln, über den das beabsichtigte Geschäft abgeschlossen werden könne. In derartigen Fällen, in denen aus dem Inhalt des Auftrags deutlich hervorgeht, dass der Auftraggeber nur eine Vermittlung begehrt, liegt zweifellos ein Mäklergeschäft vor; häufig wird aber der Auftrag weniger klar gefasst sein, wie z. B. „kaufen oder verkaufen Sie das Grundstück X für meine Rechnung oder in meinem Namen“ oder „verschaffen Sie mir ein Darlehen in Höhe von 1000 ℳ“, dann muss erst darüber entschieden werden, was für ein Rechtsverhältnis in Betracht kommt. Wenn ein gewerbsmässiger Mäkler einen derartigen ungenauen Auftrag erhält, so ist im Zweifelsfall anzunehmen, dass der Auftraggeber lediglich eine Vermittlung wünschte, weil zu unterstellen ist, dass man den Mäkler in seinem gewerbsmässigen Beruf verwenden will. Ergiebt die Prüfung mit Bestimmtheit, dass seitens des Auftraggebers eine Vermittlung nicht gewollt war, so liegt ein Mäklergeschäft nicht vor. Das Geschäft behält aber dennoch seine Giltigkeit und ist nur nach anderen Grundsätzen, nämlich nach denen der Bevollmächtigung oder der Stellvertretung zu beurteilen[24]).

Anm. 23. L. S. 9 unten und S. 10.

Anm. 24. Auch die Verbindung eines Auftrags zum Vermitteln mit einem Auftrag zum selbständigen Kontrahieren ist denkbar, die juristische Konstruktion bietet aber Schwierigkeiten, weil die Thätigkeit des Kommissionärs, (Mandatars, Stellvertreters) von derjenigen des Vermittlers in einem solchen Falle schwer auseinanderzuhalten ist. Die Vermittlungsarbeit wird hier gewöhnlich in der Thätigkeit, die der Mäkler als Kom-

Wenn andererseits ein Mäkler nur den Auftrag ein Geschäft zu vermitteln erhalten hat, er kontrahiert aber dennoch Namens der ihn beauftragenden Partei, so verpflichtet er diese Partei in keiner Weise, denn der reine Vermittlungsauftrag schliesst, wie schon früher gezeigt wurde, kein Repräsentationsrecht in sich.

An eine besondere Form ist der Auftrag nicht gebunden; auch kann derselbe spezieller oder genereller Natur sein, je nachdem der Auftraggeber einen Vertrag über einen bestimmten Gegenstand oder mit einer bestimmten Person abzuschliessen wünscht oder es ihm nur um Geschäfte einer gewissen Gattung zu thun ist. Daran jedoch muss festgehalten werden, dass wenn der Auftrag zu sehr spezialisiert wird und dem Mäkler zu viele Detailvorschriften erteilt werden, das Geschäft leicht die Natur eines Mandats oder eines reinen Dienstvertrags annimmt und aufhört, Vermittlungsvertrag zu sein.

Aus dem bisher Ausgeführten geht hervor, dass der Mäkler vom Stellvertreter scharf zu trennen ist. Der Stellvertreter schliesst im Namen dritter Personen Verträge ab[25]); der Mäkler vermittelt Rechtsgeschäfte für andere. Während aber der Mäkler, sobald er ein von ihm vermitteltes Geschäft abschliesst, wie früher gezeigt wurde, nicht mehr als ächter Mäkler auftritt, so ist es mit dem Begriff des Stellvertreters sehr wohl vereinbar, dass er die Geschäfte, die er abschliesst, vorher auch vermittelt. Beide üben ihre Thätigkeit selbständig aus, aber während der Mäkler bei Ausführung der ihm aufgetragenen Vermittlung in eigenem Interesse handelt — dies thut er, auch wenn er gleichzeitig die Interessen seines Auftraggebers zu wahren verpflichtet ist[26]) — und dem abschliessenden Geschäft in Beziehung auf den Abschluss fremd bleibt, so entwickelt der Stellvertreter seine Thätigkeit im Interesse seines Machtgebers und mit der juristischen Wirkung als ob dieser sie selbst vorgenommen hätte. Die Mitwirkung des Letzteren an den Rechtsgeschäften zeigt sonach einen rein juristischen, die des Mäklers einen rein thatsächlichen Charakter.

Der Mäkler unterscheidet sich aber auch vom Boten, wenngleich er mit diesem mehr Ähnlichkeit hat als mit dem Stellvertreter. Der Bote ist auf die Überbringung fremder Willenserklärungen beschränkt; er greift nicht selbständig in die Entwicklung der Rechtsgeschäfte ein; zu deren Aus-

---

missionar (Mandatar, Stellvertreter) zu entfalten hat, aufgehen und das ganze Geschäft nach den Grundsätzen über Mandat (Stellvertretung) zu beurteilen sein.

Anm. 25. Dass der Unterhändler auch vom sogenannten indirekten Stellvertreter sich unterscheidet, ergiebt sich ohne weiteres aus der nachfolgenden Erörterung über die Verschiedenheit der Begriffe eines Mäklers und eines echten Stellvertreters.

Anm. 26. Vgl. das in § 8 bei der Pflicht zur Unparteilichkeit Gesagte.

führung er verwendet wird, sondern dient lediglich als Werkzeug der Kontrahenten; der Mäkler dagegen übt eine selbständige den Vertragsschluss fördernde Thätigkeit aus[27]). Einzelne Handlungen, die der Mäkler bei seiner Vermittlungsthätigkeit vornimmt, werden sich allerdings häufig als Botendienste charakterisieren, er wird sogar öfters, nachdem er die das fragliche Rechtsgeschäft vorbereitende Thätigkeit zu Ende geführt hat, wie ein Bote und als Bote die gegenseitigen Willenserklärungen der Parteien übermitteln, eigentlicher Bote ist er deshalb noch nicht[28]). Der Mäkler nimmt vielmehr eine Art von Mittelstellung ein zwischen dem Stellvertreter und dem Boten; er ist mehr als der Bote, weniger als der Stellvertreter, wenn man das Mass von juristischer Bedeutung in Betracht zieht, das der Thätigkeit jener drei Klassen von Personen in Beziehung auf die Rechtsgeschäfte zukommt, zu deren Zustandekommen sie arbeiten. Der Stellvertreter erklärt in selbständiger Weise seinen eigenen Willen der anderen Partei, allerdings mit der rechtlichen Wirkung, als wäre es der Wille des Vertretenen, der Vermittler und der Bote dagegen haben keinen eigenen Vertragswillen, sondern übermitteln lediglich den Willen des Auftraggebers und zwar als Willen des Auftraggebers, nur dass der Mäkler diesen Willen nach eigenem Gutdünken vorbereitet, durch seine Entschlüsse auf dessen Gestaltung einwirkt und bei dessen Zustandekommen sich beteiligt, während der Bote darauf beschränkt bleibt, den schon fertig abgeschlossenen Willen eines Anderen genau dem erhaltenen Auftrage gemäss zu überbringen oder wie Laband in seiner vorzüglichen Abhandlung über die Stellvertretung[29]) sich ausdrückt „einem anderen Willen als begrifflich willenloses Werkzeug dient."

§ 8.

Die Pflichten des Mäklers.

Bei allen zweiseitigen Verträgen entsprechen den Verpflichtungen des einen Kontrahenten in der Hauptsache die Rechte des anderen und um-

---

Anm. 27. Riccius in § 12 fixiert den Unterschied dahin: *a nuntio differt proxeneta, quod nuntius illud, quod sibi commissum est, tantum denuntiat, prexeneta autem etiam occasiones contrahendi studiose quaerit.*

Anm. 28. Stryk sagt von ihm: *tanquam causa instrumentalis conciliat et tractat,* desgl. Riccius § 12. *Proxenetae ipsi non scontrahunt, sed sunt saltem causa instrumentalis.* (vgl. auch Lauterbach tom. III, pag. 1332). Gareis nennt die Mäkler „qualificierte Boten."

Anm. 29. Z. X. S. 192.

gekehrt. Es genügt daher, die Rechte und Pflichten des einen der beiden Vertragschliessenden zu beschreiben, um auch diejenigen des anderen kennen zu lernen. Da nun der Vermittler beim Mäklervertrage die bei weitem thätigere und deshalb wichtigere Rolle spielt, so scheint es gerechtfertigt, dessen Rechte und Verbindlichkeiten und nicht diejenigen seines Gegenkontrahenten, des Auftraggebers zur Darstellung zu bringen.

Die allgemeinsten Pflichten des Mäklers, ohne deren Erfüllung das Mäklergeschäft überhaupt undenkbar ist, also richtiger ausgedrückt die Aufgaben des Mäklers, sind schon in dem Paragraphen über die Thätigkeit desselben geschildert worden. Die eigentlichen Pflichten eines Vermittlers bedürfen noch einer besonderen Erörterung.

Für die amtlichen Handelsmäkler sind die hauptsächlichsten Verpflichtungen aufgezählt in den Art. 67, Abs. 2 und vor allem in Art. 69 [1]) und den folgenden des Handelsgesetzbuchs. Soweit sie nicht in der amtlichen Eigenschaft der Handelsmäkler als Vertrauenspersonen ihren Ursprung haben, steht ihrer analogen Anwendung auf die Privathandelsmäkler im Sinn des Artikel 272, Ziffer 4 des Handelsgesetzbuchs nichts im Wege [2]) und man wird weiter sagen dürfen, soweit jene Pflichten ausserdem nicht einen rein handelsrechtlichen Charakter aufweisen, wird man ihnen in der Theorie auch eine Geltung für die Privatmäkler nicht absprechen können, denn dann beruhen sie einfach auf dem Mäklergewerbe als solchem. Damit soll nicht gesagt sein, dass eine analoge Anwendung der so gearteten Bestimmungen des siebenten Titels des ersten Buches des A. D. H.G.B. auf den Privatmäkler in der Praxis zulässig oder sogar nur ratsam wäre, es könnte im Gegenteil eine analoge Ausdehnung leicht zu gefährlichen Missgriffen führen [3]). Es sollte nur vom rein theoretischen Standpunkt aus gezeigt werden, dass, sobald diejenigen Momente, welche den Unterschied zwischen amtlichen Handelsmäklern und Privathandelsmäklern einerseits und Privatmäklern andererseits ausmachen, weggefallen sind, die Grundzüge des Mäklerinstituts zum Vorschein kommen und dass diese Grundzüge, weil sie für jede Art von Vermittlungsgeschäften gleichgeartet

---

Anm 1. Die Vorschriften des Art. 69 des H.G.B. sind übrigens rein rechtspolizeilicher Art, ihre Übertretung macht das Geschäft nicht ungültig, sondern hat nur Bestrafung nach Art. 84 oder Entschädigungspflicht nach Art. 81 zur Folge. (Puchelt, Komm. Anm. 1 zu Art. 69).

Anm. 2. Vgl. Anm. 11 in § 5 der vorliegenden Arbeit.

Anm. 3. Schon allein der Umstand, dass die amtlichen Handelsmäkler — cf. Art. 66 des H.G.B. — vor Antritt ihres Amtes einen Eid dahin zu leisten haben, dass sie die ihnen obliegenden Pflichten getreu erfüllen wollen; die übrigen Mäkler aber nicht, muss eine Ausdehnung der Gültigkeit jener Pflichten auf die Privatmäkler als gewagt erscheinen lassen.

sind, auch für alle Mäkler Geltung haben. Übrigens sind von all den in dem erwähnten Titel des Handelsgesetzbuchs aufgezählten Pflichten der amtlichen Handelsmäkler nur drei derart, dass sie auf die Privatmäkler passen könnten, nämlich die in Art. 67 Abs. 2, Art. 69 Ziff. 5 und Art. 81 enthaltenen; alle anderen hängen so eng mit der amtlichen Stellung der Handelsmäkler zusammen oder sind so ausschliesslich handelsrechtlicher Natur, dass von ihrer Geltung für die Privatmäkler keine Rede sein kann.

So z. B. dürfen die Privatmäkler unbedingt auf eigene Rechnung Geschäfte nebenher betreiben, sich für die Erfüllung der Geschäfte, die sie vermitteln, verbindlich machen oder Bürgschaft leisten[4] [5]; ebenso dürfen sie sich mit anderen Mäklern zu einem bestimmten einzelnen Mäklergeschäft verbinden[6] oder zum dauernden gemeinschaftlichen Betriebe des Mäklergeschäfts vereinigen[7] [8]; desgleichen ist ihnen prinzipiell nicht verboten, sich zur Vermittlung eines Gehilfen zu bedienen oder sich Jemanden bei der Ausübung ihrer Thätigkeit zu substituieren[9], vorausgesetzt natürlich, dass der Gehilfe oder Substitut bei der Ausübung seiner Thätigkeit sich keine Unredlichkeit zu Schulden kommen lässt und die nötige Geschäftserfahrung besitzt, widrigenfalls der Mäkler sich wegen *culpa in eligendo* haftbar machen würde. Auch kann der Auftraggeber beanspruchen, dass ihn der Mäkler von seiner Absicht, einen Gehilfen oder Substituten bei der Vermittlung zu verwenden, in Kenntnis setzt und ihm dessen Persönlichkeit bekannt giebt, da der Auftraggeber überhaupt das Recht hat, von dem Mäkler alle diejenigen Thatsachen mitgeteilt zu erhalten, die ihn, falls sie ihm bekannt gewesen wären, von dem Vertragsschlusse abgehalten oder ihn nach Eingehung desselben zum Rücktritt bewogen haben würden. Das eben Gesagte bezieht sich auch auf den

---

Anm. 4. Im Gegensatz zu den amtlichen Handelsmäklern (Art. 69 Z. 1).

Anm. 5. Dass in der Praxis eine Beteiligung des Privatmäklers an dem zu vermittelnden Geschäft als Haupt- oder Nebenschuldner kaum denkbar ist ohne allzu einseitige Interessenvertretung und dass eine solche Beteiligung deshalb wohl immer die Verletzung der einen Partei und deren Schadloshaltung seitens des Vermittlers im Gefolge haben wird, steht der Thatsache nicht entgegen, dass überall da, wo nicht ausdrückliche diesbezügliche gesetzliche Bestimmungen vorhanden sind, für den Privatmäkler das Verbot des Art. 69 Z. 1 des H.G.B. nicht besteht (s. auch Schorch § 8).

Anm. 6. Das Verhältnis der Mäkler unter einander ist dann das der Societät. (Cf. R.G.E. vom 25. Juni 1887 in Bd. 18, S. 164, wo hauptsächlich die Verteilung des Gewinns erörtert wird.)

Anm. 7. Im Gegensatz zu den amtlichen Handelsmäklern (Art. 69, Z. 3).

Anm. 8. Wie dies z. B. bei Heirats- und Stellenvermittlungsbureaux der Fall ist.

Anm. 9. Im Gegensatz zu den amtlichen Handelsmäklern (Art. 69, Z. 4).

Fall der Association zum gemeinschaftlichen Betrieb von Vermittlungsgeschäften.[10])

Auch der in Ziffer 6 Artikel 69 den amtlichen Handelsmäklern vorgeschriebene persönliche Verkehr mit den Vertragsparteien wird für die Privatmäkler nicht gefordert, ihnen ist jederzeit gestattet, Aufträge von Abwesenden zu übernehmen; ob ein Privatmäkler — auch ein Privathandelsmäkler — einen Auftrag überhaupt annehmen will oder nicht, steht in seinem freien Belieben[11]); doch wird das blosse Schweigen, wenn er mit dem Offerenten sonst in Geschäftsverbindung steht oder er ihm seine Dienste angeboten hat, nach dem Grundsatz „qui tacet, consentire videtur" als Annahme betrachtet werden müssen.

Eine Pflicht zur Führung eines Tagebuchs[12]) und zur Ausstellung von Schlussnoten[13]) besteht für die Privatmäkler nicht, doch müssen sie auf Verlangen denjenigen Personen, für die sie vermittelnd auftreten, genaue Auskunft über ihre Geschäftsthätigkeit und den Stand der Vermittlungsverhandlungen erteilen. Verboten ist ihnen das Führen von Tagebüchern und das Ausstellen von Schlussnoten selbstverständlicherweise nicht, und wenn sie sich freiwillig[14]) dieser Mühe unterziehen, so kommt den von ihnen angefertigten Urkunden die Beweiskraft des § 259 der Reichs-Zivilprozessordnung zu.

Die Bestimmung des Artikel 80 des Handelsgesetzbuchs über die Pflicht der amtlichen Handelsmäkler zur Aufbewahrung der ihnen übersandten Proben, eine Bestimmung, die übrigens für den

---

Anm. 10. Näheres über die beiden Fragen der Associations- und Substituierungsberechtigung der Mäkler findet sich neben der in Anm. 6 genannten Stelle bei Neubauer auf Seite 17 f. und bei Rochell (R.R. II) auf Seite 93 ff. Dort sind auch die Folgen besprochen, die sich aus jenen Verhältnissen für die Zahlung der bedungenen Belohnung ergeben. Vgl. ferner Riccius § 70; Dernburg Preuss. Privat-Recht II, S. 557 Anm. 16; Z. 22, S. 263 N. 5 (Entsch. des O.A.G. Dresden vom 6. Juni 1872); desgl. Seuff. A. 30. 22, wo die nämliche Entscheidung abgedruckt ist.

Anm. 11. Der amtliche Handelsmäkler ist zur Annahme von Aufträgen innerhalb seines Berufes verpflichtet, diese Pflicht beruht auf seiner amtlichen Stellung.

Anm. 12. Art. 71 und 72 des H.G.B.

Anm. 13. Art. 73 des H.G.B.

Anm. 14. Vgl. übrigens § 38, Abs. 2 der Gew.O. für das Deutsche Reich vom 1. Juli 1883, welcher bestimmt: Die „Zentralbehörden sind befugt, Vorschriften darüber zu erlassen, in welcher Weise die in § 35, Abs. 2 und 3 verzeichneten Gewerbetreibenden — in Absatz 3 sind neben anderen die gewerbemässigen Vermittlungsagenten für Immobiliarverträge, Darlehen und Heiraten, die Gesindevermieter und Stellenvermittler, also die Privatmäkler im Sinne der vorliegenden Abhandlung aufgezählt — ihre Bücher zu führen und welcher polizeilicher Kontrolle über den Umfang und die Art ihres Geschäftsbetriebs sie sich zu unterwerfen haben."

Privatmäkler kaum je praktisch werden wird, da sich ja sein Vermittlungsgeschäft, wie in § 5 gezeigt wurde, hauptsächlich auf Grundstücksverkäufe, Stellen-, Darlehen- und Heiratsvermittlungen bezieht, hat für ihn keine Geltung. Der Privatmäkler muss sich vorkommenden Falls nach den Gesetzen oder Gebräuchen richten, die am Vertragsort über Probenaufbewahrung bei Käufen nach Probe oder Muster bestehen.

Anders verhält es sich dagegen mit der in Art. 67, Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs enthaltenen Vorschrift, wonach ein amtlicher Handelsmäkler durch die ihm übertragene Geschäftsvermittlung noch nicht als bevollmächtigt anzusehen ist, eine Zahlung oder eine andere im Vertrage bedungene Leistung in Empfang zu nehmen; diese Vorschrift enthält lediglich eine Folgerung aus dem Wesen des Mäklergewerbes, dem eine derartige selbständige Thätigkeit fremd ist [15]). Der Inhalt von Artikel 67 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs lässt sich hiernach ohne Zweifel auf die Nichthandelsmäkler anwenden, auch sie sind zur Annahme von Zahlungen und anderen Leistungen ohne besondere vorherige Verabredung nicht legitimiert [16]).

Was die in Artikel 69 Ziffer 5 des Handelsgesetzbuchs normierte Pflicht zur Verschwiegenheit der amtlichen Handelsmäkler betrifft [17]), so erklären manche Schriftsteller [18]), sie sei als ein Ausfluss von der amtlichen Stellung des Handelsmäklers anzusehen und verneinen deshalb die analoge Anwendung der Bestimmung auf alle anderen Unterhändler. Hieran ist soviel richtig, dass eine so weitgehende und unbedingte Amtsverschwiegenheit, wie sie Artikel 69 Ziffer 5 im Auge hat, für die Privathandelsmäkler und Privat-

---

Anm. 15. Die entgegengesetzte ,z. B. von Hommel Rhapsodia Observ. 113 N. 3, auch von Mevius „Decisiones" pars 3 in Decisio 23 vertretene Ansicht, nach der der Mäkler als stillschweigend ermächtigt gilt, eine Zahlung oder andere Leistung in Empfang zu nehmen, hängt mit einer falschen Auffassung des Vermittlungsauftrags als Mandat und des Mäklers als *mandator* oder *procurator* zusammen.

Anm. 16. Den Wert dieser Vorschrift des H.G.B. kennzeichnet Puchelt in seinem Kommentar zum H.G.B. in Anm. 2 zu Art. 67 richtig, wenn er sagt: „Der Absatz 2 des Art. 67 ist insofern überflüssig, als der Mäkler als solcher nur Geschäftsvermittler ist, mithin keinerlei Mandat hat und auch Zahlung und andere Erfüllung des Vertrags nicht annehmen darf. Indessen wird dadurch einer viel verbreiteten unrichtigen Anschauung entgegengetreten und klar ausgesprochen, dass der Handelsmäkler an und für sich jene Befugnis nicht hat, aber als Mandatar kraft eines Auftrags nach Art. 298 des H.G.B haben kann und darf." Dies gilt *mutatis mutandis* auch für den Privatmäkler.

Anm. 17. Ziffer 5 lautet: „Die Handelsmäkler sind zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht das Gegenteil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäfts geboten ist".

Anm. 18. So z. B. Hahn I, S. 201, Puchelt in Busch A. 13, S. 413 (vgl. aber auch S. 414 erstes Drittel).

mäkler nicht besteht; unrichtig wäre es aber, wenn damit gesagt sein sollte, dass die nicht amtlichen Handelsmäkler überhaupt keine Pflicht zur Verschwiegenheit haben. Dem Privathandelsmäkler kommt sie in seiner Eigenschaft als Kaufmann gemäss Artikel 282 des Handelsgesetzbuchs zu, der Privatmäkler, der, wie in diesem Paragraphen noch gezeigt werden wird, nach den heutzutage massgebenden Rechts- und Verkehrsanschauungen für culpa levis in abstracto haftet, darf sich derselben ebensowenig entziehen. Wohin sollte es auch führen, wenn der Unterhändler Mitteilungen, die ihm einer der Kontrahenten anvertraut hat, Anderen erzählen dürfte, ohne für einen allenfalls hierdurch entstandenen Schaden sich haftbar zu machen? Auch im Falle der nachträglichen Ablehnung eines Auftrags durch den Auftraggeber darf er dessen Mitteilungen nicht zum Nachteil desselben verwenden, weil dies zweifellos ein unredliches und deshalb zur Entschädigung verpflichtendes Handeln bedeuten würde. Die Verschwiegenheit ist vielmehr eine der allerwichtigsten Pflichten eines jeden Geschäftsmannes und insbesondere des Mäklers — man denke beispielsweise an einen Heiratsvermittler. —. Sie ist sogar so selbstverständlich, dass sie einer besonderen Hervorhebung bei einer etwaigen gesetzlichen Regelung des Privatmäklergeschäfts gar nicht bedürfte. Wenn dies für die amtlichen Handelsmäkler durch das Handelsgesetzbuch doch geschehen ist, so hat dies wohl unter anderem darin seinen Grund, dass der amtliche Handelsmäkler nicht als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs gilt und deshalb nicht den allgemeinen handelsrechtlichen Bestimmungen, also auch nicht dem Artikel 282 des Handelsgesetzbuchs unterworfen ist.

Von den drei oben erwähnten, auf alle Unterhändler, nicht nur auf die amtlichen Handelsmäkler, passenden Pflichten des siebenten Titels ersten Buches des Handelsgesetzbuchs bleibt noch zur Besprechung übrig die in Artikel 81 fixierte Pflicht des Mäklers zur Schadloshaltung der beschädigten Partei für den Fall eines Verschuldens von seiner Seite. Von ihr soll ausführlicher die Rede sein.

Dass jeder Mäkler, sei er Handels- oder Zivilmäkler, sei er öffentlicher oder Privatvermittler, bei pflichtwidriger Ausübung seiner Thätigkeit sich seinem Mitkontrahenten gegenüber haftbar macht, versteht sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst und ist auch nie bezweifelt worden.

Viel Streit und Meinungsverschiedenheit hat es dagegen seit jeher gegeben und giebt es auch heute noch über den Grad der Haftbarkeit des Mäklers und zwar sowohl des Handelsmäklers als des Privatmäklers.

Im alten römischen Recht, welchem, wie in § 4 hervorgehoben wurde, der Unterschied zwischen Handels- und Nichthandelsmäkler unbekannt

war, beschränkte sich die Haftung der Mäkler nach der Ansicht der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller[19]) auf dolus und der dem dolus gleichgestellten culpa lata[20]). Diese beschränkte Haftbarkeit des proxeneta wurde nicht nur von allen Romanisten des 16. und 17. Jahrhunderts[21]), sondern auch von vielen neueren Autoren[22]) — wenigstens für den Zivilmäkler — gelehrt und in der täglichen Praxis der Gerichte durchgeführt. Sie kann als gemeinrechtlich geltend betrachtet werden.

Inzwischen war im späteren Mittelalter das Institut der öffentlichen Mäkler geschaffen worden, aus dem sich unsere heutigen Handelsmäkler entwickelt haben, und wenn auch anfangs eine weitergehende Haftung denselben nicht auferlegt wurde, so neigte sich die öffentliche Meinung doch immer mehr dazu und in der neuesten Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs ist in Artikel 81 des Handelsgesetzbuchs klar und deutlich der Grundsatz ausgesprochen, dass jedes Verschulden des öffentlichen Handelsmäklers oder Sensalen die beschädigte Partei

---

Anm. 19. Zu vgl. Anm. 21 u. Anm. 22 in diesem Paragraphen.

Anm. 20. Laband auf S. 63 giebt als Grund für diese verminderte Haftung an, „das römische Recht sei von dem Prinzip ausgegangen, der Kommittent habe sich Versehen des Mäklers selbst zuzuschreiben, weil es die Pflicht eines jeden sei, bei Auswahl des Mäklers sich von dessen Fähigkeiten zu überzeugen." — Für die Richtigkeit dieses Grundes wage ich keine Verantwortlichkeit zu übernehmen. — Professor Laband führt in der dazugehörigen Anmerkung 141 als Beweisstelle neben der l. 2, D. 50. 14 die l. 1, § 1 D. *si mens fals. mod. dixit* 11,6 an, eine Stelle, die auch in Weiske's Rechtslexikon S. 614 citiert ist, um darzuthun, dass die Verantwortlichkeit des Mäklers wie diejenige des Feldmessers nur auf Betrug und gröbste Fahrlässigkeit sich erstreckt. Auch Koch in Hiersemenzels „Deutscher Gerichtszeitung" S. 231 und Straccha p. III er. 5 und er. 25 f. erwähnen den *agrimensor* und suchen für den Privatmäkler eine analoge Diligenz zu konstruieren.

Anm. 21. Stryk § 2: *proxeneta de dolo tenetur, nam officium suum sincere et candide expedire debet;* ebenso Brunnemann § 2, ferner Anton Perez ad Cod. V. 1, Note 20: *Proxeneta potest ex dolo et lata culpa teneri, si manifesto fraude usus sit cum sciret infectam aut corruptam esse sponsam quam pro sana et virgine obtrudit et laudavit,* Lueder-Menken lib. III, Tit. II, 4: *Praestant proxenetae dolum et culpam latam,* Lauterbach thes. 197: *Ex imperitia vel negligentia non tenetur proxeneta, sed tantum de dolo malo,* Titius lib. 10, cap. 6, § 7; Ricius § 47; Wissenbach Disp. 47, N. 19; Leyser specimen 682 „de proxeneta nuptiarum", nota 1: *Proxeneta omnis ex dolo et culpa lata ad damnum sarciendum obligatur;* nota 2: *igitur et conciliator nuptiarum;* Straccha p. III: *Quando in negotio aliquo intervenit proxeneta, an teneatur et de quo.* Dort ist diese Frage aufs eingehendste erörtert und gleichfalls zu Gunsten einer Haftung für *dolus* und *culpa lata* entschieden worden. Schorch § 4 a. E., § 7 (vgl. a. Anm. 28).

Anm. 22. L. S. 28, auch S. 3 und S. 63: Scherer, „Handbuch des Wechselrechts, II. Teil, S. 166; Z. 8. S. 183; Bucher „Das Recht der Forderungen" § 115.

berechtigt, Schadloshaltung zu fordern[23]). Das Nämliche muss zweifellos auch für den Privathandelsmäkler gelten und zwar bestimmt sich für ihn das Mass der zu leistenden Diligenz aus Artikel 282 des Handelsgesetzbuchs; er hat die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden und haftet somit für jedes, also auch das leichteste Verschulden[24]).

Wie aber steht es mit dem Privatmäkler, mit dem eigentlichen proxeneta des römischen Rechts? Soll auch jetzt noch der Privatmäkler den Vorteil einer auf dolus und culpa lata beschränkten Haftung zugebilligt erhalten? Oder soll er nicht vielmehr nach Analogie anderer ähnlicher Rechtsverhältnisse, wie z. B. der locatio conductio operis und operarum für jede Vernachlässigung einstehen, die er sich bei Ausübung derjenigen Thätigkeit zu Schulden kommen lässt, die zur Erreichung des vom Auftraggeber ausbedungenen Ziels notwendig war, und soll nicht der Mäkler — wenigstens der berufsmässige Mäkler — wegen Mangels der Kenntnisse und Fähigkeiten haftbar gemacht werden, die bei ihm präsumiert werden durften?

Die weitergehende Haftung des Privatmäklers muss unbedingt heutzutage als das Richtige angesehen werden[25]), ist doch sogar der Mandatar, obgleich er das Mandat unentgeltlich übernimmt, schon im römischen Recht für culpa levis in abstracto verantwortlich gewesen. Würde der Mäkler, ohne Gegenleistungen zu erhalten, nur im Interesse der Gegenpartei das Geschäft eingehen, so liesse sich die Beschränkung seiner Haftung auf dolus und culpa lata mit den in dieser Hinsicht bestehenden allgemeinen Rechtsprinzipien[26]) rechtfertigen, nachdem aber der Mäklerlohn,

---

Anm. 23. Nach Labands Äusserung auf S. 63 entspricht das hiermit ausgesprochene Prinzip auf das Vollständigste dem handelsrechtlichen Bewusstsein unserer Zeit.

Anm. 24. Busch A. 13 S. 413; Puchelt, Kommentar zu Art. 81.

Anm. 25. Zu vgl. Unterholzner, „Die Lehre von den Schuldverhältnissen", Bd. II, § 522. Dort heisst es an einer Stelle, die auch auf das Maklergeschäft sich bezieht: „Der heutige Gerichtsgebrauch wird unbedenklich eine Haftung wegen jeglicher Verschuldung annehmen"; desgl. Windscheid, Pandekten, 7. Aufl., § 404, Anm. 3 u. 4.: „Man spricht nicht von Mietvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein oder vorwiegend in freier geistiger Thätigkeit besteht. Aber auch in diesem Falle (beim Mäklervertrag) gelten die gleichen Regeln, wie für den Mietvertrag. Namentlich haftet auch hier der Schuldner nicht bloss wegen Arglist, sondern auch wegen Nachlässigkeit und wegen des Mangels derjenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche der seine Dienste in Anspruch Nehmende bei ihm voraussetzen durfte"; ferner Sintenis II, § 119, Anm. 13; Seuff. A. 27, N. 225; K. S. 247 f.; Neubauer, S. 10 f.; indirekt Wendt, „Lehrbuch der Pandekten", Jena 1888, § 260, S. 628 in der Mitte.

Anm. 26. Römischrechtlich und gemeinrechtlich gilt ja der Grundsatz, dass die Haftung desjenigen, der bloss im Interesse des Gläubigers eine Schuld übernimmt, sich auf *dolus* und *culpa lata* beschränkt.

sogar ohne vorher fixiert zu sein, beim Zustandekommen des Mäklergeschäfts gewährt wird, und der Mäklervertrag durch dieses stillschweigende Lohnversprechen zweifellos den Charakter eines gegenseitigen Schuldverhältnisses erhält, so müsste die verminderte Haftbarkeit des Privatmäklers als eine unverständliche Rechtsanomalie erscheinen[27]). Wenn die Lehre von der beschränkten Haftung des Mäklers in allen gelehrten Abhandlungen und Doktorarbeiten über die proxenetae aus den letzten Jahrhunderten[28]) sich wiederfindet und durch sie weiterverbreitet wurde, so liegt darin noch kein Beweis dafür, dass diese Lehre nicht auf Irrtum beruhte. Das Mäklergeschäft wurde in Rom in ähnlicher Weise betrieben, wie zu unseren Zeiten und wenn heutzutage das Rechtsgefühl die Mäkler für culpa levis einstehen lässt, so wird man bei den Römern das Nämliche annehmen dürfen. Die Thatsache, dass der fünfzigste Digestentitel die Haftung des proxeneta nicht mit klaren Worten normiert, lässt mit ebensoviel Recht einen Schluss dahin zu, dass der Mäkler für jede culpa hafte als dass er nur für culpa lata einstehe. Der erstere Schluss ist naturgemässer und mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Verschuldung und Haftung besser vereinbar als der letztere. Auch die Erklärung Kuhns (Seite 248), wonach mit dem Satz in l. 2 Dig. h. t. *nec ex locato conducto erit actio* nicht sowohl ausgesprochen sein soll, der Unterhändler brauche nicht einmal die für diese Vertragsgattung vorgeschriebene Diligenz zu prästieren als vielmehr: „der Mäkler solle nicht dafür haftpflichtig sein, dass seine Vermittlungsarbeit wirklich zu dem erwünschten Resultat führe“ hat sehr viel Wahrscheinlichkeit für sich. Theoretisch ist sonach der Mäkler nicht nur wegen eines groben, sondern auch wegen jeden leichten Verschuldens schadensersatzpflichtig[29]). In der Praxis

---

Anm. 27. Als eine solche Rechtsanomalie muss die Ausschliessung der Haftpflicht des Mäklers für *culpa levis* auch von dem Standpunkt des späteren römischen Rechts aus angesehen werden; denn es war schon bei den Römern eine Regel des entwickelten Rechts, dass der Vertragsschuldner für jede, also auch für leichte Verschuldung einstand, und ich glaube deshalb im Einklang mit Kuhn S. 247 f. annehmen zu dürfen, dass auch im späteren Rom der eigentliche *proxeneta*, d. h. derjenige Vermittler, der nicht nur aus Freundschaft, sondern gewerbsmässig gegen Belohnung thätig war, nicht nur für *dolus* und *culpa lata*, sondern auch für *culpa levis* haftete. Das Gegenteil aus der lex 2, D. 50. 14 schliessen zu wollen, erscheint nicht berechtigt.

Anm. 28. Straccha p. III (s. Anm. 21) Findekeller p. 2, cap. 6, sectio 1; Schorch § 4 a. E., § 7; Bodinus cap. 5, insbes. thes. 5; Silberrad cap. 4, § 5 ff.

Anm. 29. Wenn Rocholl (R. R. II, S. 84) den Mäkler für *diligentia quam in suis*, also für *culpa in concreto* eintreten lässt, so steht er mit seiner Ansicht meines Wissens ganz vereinzelt da. Auf Quellenbelege kann er sich hierfür nicht berufen. Er stützt sich auf die Analogie des Bevollmächtigten nach § 55, I. 13 des Allg. Preuss. Landrechts, wie ja überhaupt seine Abhandlung über den Mäklervertrag vom Standpunkt des Preuss. Rechts aus geschrieben ist. Als römischrechtlich oder gemeinrechtlich kann

des täglichen Lebens gestaltet sich die Sache allerdings für ihn wesentlich günstiger, da fürs erste das Verschulden eines Mäklers sich schwer konstatieren und präzisieren lässt und da ferner, wie später gezeigt werden wird[30]), dem Gegenkontrahenten zwar eine Klage auf das Interesse wegen pflichtwidriger Unthätigkeit oder dolosen Handelns des Mäklers zusteht, diese Klage aber nur selten sich mit Erfolg durchführen lässt, so dass dem Auftraggeber in den meisten Fällen nur eine Einrede übrig bleibt[31]).

Wann ein Verschulden des Mäklers vorliegt, ist Thatfrage des einzelnen Falls[32]), eine allgemein giltige Regel lässt sich nicht aufstellen, doch wird man sagen können, dass die absichtliche oder fahrlässige Verletzung der früher aufgezählten Pflichten, insbesondere auch der Sorgfalt und Treue[33]) gegen den Auftraggeber gewöhnlich ein Verschulden auf Seiten des Mäklers begründet, soweit nicht die Verletzung wegen höherer Gewalt, Betrugs oder unverschuldeten[34]) Irrtums entschuldbar ist.

Übrigens giebt es einen Spezialfall der Haftbarkeit des Mäklers, der von allen Schriftstellern der älteren und neueren Zeit, die sich mit dem Mäklervertrag eingehender beschäftigt haben[35]) behandelt worden ist; er be-

---

eine solche Haftung keinesfalls angesehen werden. Übrigens lassen sich die von Rocholl für die Haftung des Zivilmäklers wegen *culpa levis in concreto* angeführten Gründe, nämlich das weitgehende Vertrauen, das der Auftraggeber wegen Mangels an Aufsicht und Kontrolle über die Thätigkeit des Vermittlers demselben hinsichtlich seiner Geschicklichkeit und Sachkenntnis ebensowohl als rücksichtlich seiner Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit entgegenbringen muss, ebensogut dazu verwenden, um die Haftung desselben wegen *culpa levis in abstracto* zu rechtfertigen; und ich trage kein Bedenken, da ich die Gründe für vollkommen zutreffend erachte, sie zu Gunsten der Theorie von der erhöhten Haftung des Zivilmäklers für *culpa levis* zu benützen und meine bisherigen Ausführungen in dieser Richtung zu ergänzen.

Anm. 30. Vgl. Anm. 53 u. 54 in diesem Paragraphen.

Anm. 31. Den Fall, dass mehrere Mäkler zur Vermittlung zugezogen waren und sich gemeinschaftlich dolos verhalten haben, erwähnt Riccius in § 48: *Quodsi pluribus proxenetis qui uno eodemque negotio elaborarunt, dolus communis sit, adversus singulos in solidum agi potest, ubi autem satisfactio ab altero praestita, accusatori reliquos convenire prohibet;* desgl. Straccha p. III er. 25: *si duo pluresve proxenetae intervenerint in negotio et dolose fecerint, adversus singulos in solidum agi poterit, sed altero convento, si satisfecerit, in alterum actionem denegare oportere.* Vgl. auch Findekeller p. II, cap. 6, sectio 1; Silberrad cap. 2, § 11; Bodinus cap. 5, thes. 5; Schorch § 7.

Anm. 32. Eine reichhaltige Erörterung der Frage, wann ein Mäkler dolos handelt und wann nicht, findet sich bei Straccha p. III und p. IV.

Anm. 33. Siehe im letzten Drittel dieses Paragraphen.

Anm. 34. Schuldbarer Irrtum z. B. über die von der einen oder der anderen Partei mitgeteilte Konsenserklärung macht jeden Mäkler, auch den Zivilmäkler unbedingt verantwwortlich.

Anm. 35. Weiske's Rechtslexikon XI, S. 614; Schweppe III § 577, S. 476; Dernburg, Preuss. Privatrecht II, § 190, S. 556; Stryk, Tom. 4, § 2: *Proxeneta*

trifft die Frage, ob der Mäkler für die Erfüllung des unter seiner Vermittlung abgeschlossenen Geschäfts und insbesondere für die Zahlungsfähigkeit der von ihm vorgeschlagenen Person einzustehen hat. Die Frage ist in der Litteratur über den Zivilmäkler so gut wie übereinstimmend dahin beantwortet worden[35]), dass der Mäkler für die Vollziehbarkeit des von ihm vermittelten Geschäfts nicht zu haften brauche und ebensowenig für die Solvenz des vorgeschlagenen Mitkontrahenten, es sei denn, dass ihm doloses Handeln dabei zur Last gelegt werden könne. Dolos handele der Mäkler dann, wenn er wider besseres Wissen einen insolventen Käufer in Vorschlag bringe oder wenn er einen Darlehensnehmer anpreise, trotzdem ihm dessen Zahlungsunfähigkeit bekannt gewesen sei. Eine Prüfung der Solvenz des anderen Kontrahenten liege ihm, abgesehen von besonderen Vereinbarungen in dieser Richtung nicht ob, dies sei die Sache desjenigen, der den Vertrag abschliesse. So die übereinstimmende Ansicht in Doctrin und Praxis, es fragt sich nun, ob diese Ansicht sich auch mit dem kurz vorher abweichend von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen Standpunkt von der erweiterten Haftbarkeit des Privalmäklers für culpa levis vereinigen lässt oder ob nicht die erhöhte Verantwortlichkeit demselben eine selbständige Prüfung der Zahlungsfähigkeit des anderen Kontrahenten und eine entsprechende Mitteilung an die Gegenpartei auferlegt, mit anderen

---

quoque de dolo tenetur si sciat aliquem facilitatibus lubi et tamen lucri causa affirmet illum idoneum esse; ähnlich Bodinus cap. 5, thes. 5; Brunnemann § 2: *proxeneta alium dolose idoneum affirmans tenetur;* Leyser meditationes spec. 681 n. 16 u. 17: *proxeneta nominis faciendi, qui hominem inidoneum tanquam idoneum, cui pecunia credatur, commendaverit, si culpa ejus levi vel levissima intervenerit, non obligatur; obligatur tamen si scieus id fecit* (cf. auch n. 18 und n. 19); desgl. Leyser specimen 682 de proxeneta nuptiarum n. 3: *falsa laudatio dolus est*; Riccius §§ 46 und 47. Dort findet sich der Leysersche Wortlaut buchstäblich wieder. Riccius fährt dann fort: *Neminem ex commendatione, tametsi — ea male cesserit, obligari satis cognitum est ex lege 12, § 12 mandati, quia secundum legem 7, § 11 de dolo malo nec specialis commendatio idoneum quem esse, cui pecunia detur mutua, obligat, itaque nec proxenetae nominis faciendi, quod genus proxenetarum frequentissimum est, obstringantur, tametsi aliqua culpa eorum interveniat, dum modo ea lata non sit, quae dolo aequiparatur* (s. a. die dort aufgezählte Litteratur); Perez N. 20 a. E.; Titius lib. 10 cap. 6, § 8: *Nuptiarum cruciliatores ex dolo suo quoque obligantur, hic tamen fere ex malis corporis non animi aut fortunae aestimare solet. Hinc si conciliator feminam infectam aut corruptam pro sana et virgine obtruderit, ex facto suo tenebitur. Verum si quam formosam, nobilem aut divitem falso laudaverit illum non teneri censent arg. l. 19 pr. de aedilic. edict. praeterea ne primo quidem casu matrimonium nullum esse existimatur;* Straccha p. III, N. 13 bis 20; p. IV, qu. 3; Silberrad cap. 4, §§ 6 und 7; Keyssner zu Art. 272, Z. 4; Curtius § 1615; Seuff. A. 27225, 29115; Neubauer S. 11; K. S. 247; L. S. 28; Blätter für Rechtsanwendung 42 S. 8.

Anm. 36. Vgl. auch Seuff. A. 49, N. 89.

Worten, ob nicht die Unterlassung jener Prüfung ein culposes Verschulden bedeutet, das den Vermittler haftbar macht? Hierauf ist zu sagen: die Haftung für die Erfüllung des vermittelten Geschäfts scheidet von vornherein aus, da der vorhin dargelegte, abweichende Standpunkt in dieser Hinsicht keinen Unterschied zu begründen vermag. Der Mäkler, welcher der Abschliessung des Geschäfts ganz einflusslos gegenübersteht und dem jede Handhabe fehlt, um den Vollzug des vorbereiteten Geschäfts zu erzwingen, kann unmöglich dafür einstehen, dass seine Thätigkeit nachträglich auch wirklich von Erfolg begleitet sei. Jede Vereinbarung die dahin ginge, die Haftbarkeit des Vermittlers hierauf auszudehnen, würde contra bonam fidem verstossen. Anders verhält es sich mit der Verantwortlichkeit des Mäklers für die Solvenz des anderen Kontrahenten. Mit dem von uns eingenommenen Standpunkt verträgt es sich nicht, dass der Zivilmäkler nur dann einzustehen braucht, wenn er eine insolvente Person wider besseres Wissen in Vorschlag bringt oder, wenn er, obgleich ihm das Gegenteil bekannt war, eine bestimmte Zusage über die Zahlungsfähigkeit einer Person machte. Er muss dann schon haften, wenn er diese Thatsache — als ordentlicher Mäkler — auch nur hätte wissen können oder sollen und nachlässiger Weise es unterlassen hat, sich hierüber zu unterrichten. Rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was ein sorgfältiger Mensch unter gleichen Umständen beobachtet hätte, bedeutet bekanntlich culpa levis. Der Zivilmäkler ist also auch hier für leichte Verschuldung verantwortlich. Dies entspricht der Billigkeit. Hat er doch mit Eingehung des Mäklervertrags die Verpflichtung zur sorgfältigen Ausführung seiner Thätigkeit übernommen; konsequenter Weise muss hierzu die Prüfung der Kreditfähigkeit der von ihm vorgeschlagenen Personen gehören [36]). Einer Vereinbarung, die ihn von jener Prüfung befreit, steht nichts im Wege; nur eine Abmachung *ne dolus praestetur* würde den allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen zuwiderlaufen. In Wirklichkeit wird der an der Solvenz seiner Mitkontrahenten interessierte Verkäufer oder Darlehensgeber meistens noch selbst über jene Eigenschaft sich vergewissern, ehe er das fragliche Geschäft definitiv abschliesst, zumal der Mäkler auch im vorgesehenen Fall, wenn er entschuldbaren Irrtum vorschützen kann, von einer Schadloshaltung sich zu befreien im Stande ist und da auch blosse Empfehlungen allgemeiner Art und vage Anpreisungen des Vermittlers, in der Absicht, dadurch die Parteien zur Annahme zu bestimmen, keine Verbindlichkeit auf seiner Seite erzeugen [37]).

Anm. 37. L. 2, Dig. 50. 14; Glück, Pandekten Bd. 15, § 960, S. 368; Bodinus cap. 5, thes. 4 a. E.; Blätter für Rechtsanwendung 12, S. 184; Seuffert, Pandekten § 334 a. E.

Die hier vertretene Ansicht erfährt eine Bestätigung dadurch, dass die amtlichen Handelsmäkler und Privathandelsmäkler, die ja von Gesetzes wegen für jede Verschuldung haftbar gemacht werden, nach der Ansicht einer grossen Anzahl der Handelsrechtslehrer für die Zahlungsfähigkeit des anderen Kontrahenten einzustehen haben [38]).

Die Haftung des Zivilmäklers für die Solvenz der von ihm vorgeschlagenen Person ist natürlich nicht so aufzufassen, als ob der Mäkler, wenn der Dritte nicht zahlen kann, statt seiner für das Geld aufkommen müsste, er steht vielmehr dem Beschädigten für das negative Vertragsinteresse ein, das allerdings meistens schwer zu fixieren ist. Insofern ist der Ausdruck von Puchelt [39]) „an und für sich haftet der Handelsmäkler nicht für die Zahlungsfähigkeit der Kontrahenten" ganz zutreffend.

Wenn schon davon gesprochen wurde, den Vermittler gleich dem Verkäufer wegen Eviction einstehen zu lassen, so bezog sich dies immer auf einen besonders gearteten Fall [40]). Ohne ausdrückliches *pactum de praestanda evictione* zwischen Käufer und Vermittler, das nebenbei bemerkt, einem Bürgschaftsvertrag gleichkäme [41]), liesse sich eine derartige Haftung nicht denken.

Noch sind einige weitere Pflichten des Mäklers unerörtert geblieben, so vor allem die nicht ganz unbestrittene Pflicht der Unparteilichkeit.

Der Begriff der Unparteilichkeit setzt für denjenigen, von welchem diese Eigenschaft gefordert wird, als notwendig zwei Parteien voraus, zwischen denen er irgendwie thätig sein kann, sei es entscheidend oder Rat erteilend oder ausgleichend überhaupt.

Die besagte Voraussetzung ist beim Vermittlungsgeschäft unbedingt vorhanden und es könnte sogar auf den ersten Blick den Anschein haben, als ob eine vermittelnde Thätigkeit ohne die strengste Unparteilichkeit sich gar nicht denken liesse. Bei näherer Betrachtung zeigt es sich aber, dass dies zwar für den zur Vermittlung von zwei Parteien angerufenen Schiedsrichter zutrifft, der beiden Teilen ganz gleichmässig gegenübersteht, für den Unterhändler jedoch nicht; von ihm kann eine so weitgehende

---

Anm. 38. Vgl. z. B. Puchelt, Komm. zu Art. 81, Note 2, zweiter Absatz a. E.; Puchelt Busch A. 13, S. 415 f.: „An und für sich haftet der Mäkler nicht für die Zahlungsfähigkeit des Kontrahenten, wohl aber muss er für den Schaden aufkommen, wenn ein Kontrahent insolvent ist, und er dies wusste oder als ordentlicher Kaufmann wissen konnte, dennoch aber vor Abschluss des Geschäfts den Kommittenten nicht benachrichtigte, selbst wenn ihm dieser jenen Kontrahenten ausdrücklich genannt hatte. Denn in solchem Versäumen liegt ein Verschulden;" Z. 22, S. 267; Endemann's Handbuch für Handelsrecht III, S. 155.

Anm. 39. Siehe Anm. 38 dieses §.

Anm. 40. Vgl. z. B. Salmasius, „de modo usurarum" § 733 ff.

Anm. 41. Vgl. Anm. 5 dieses §.

Unparteilichkeit nicht beansprucht werden. Er muss auch dann noch als unparteiisch gelten, wenn er die Interessen der einen Partei sorgfältiger wahrnimmt als die der anderen, solange er nur die der anderen nicht völlig ausser Acht lässt. So ist denn auch von den meisten Schriftstellern[42]) anerkannt, dass dem amtlichen Handelsmäkler die Pflicht der Unparteilichkeit zusteht. Darauf deutet schon die Fassung des Handelsgesetzbuchs hin, so insbesondere der Art. 83, in welchem bestimmt ist, dass in Ermanglung besonderer Vereinbarungen und örtlicher Verordnungen die Mäklergebühr von jeder Partei zu entrichten ist, ferner Art. 81, der beiden Parteien für den Fall ihrer Beschädigung durch den amtlichen Handelsmäkler das Recht erteilt, Schadloshaltung von ihm zu fordern und vollends Art. 69, in dessen auffallend strengen Vorschriften die unparteiische Stellung der amtlichen Handelsmäkler am deutlichsten zum Ausdruck gebracht wird.

Aber auch für den Privatmäkler wird eine, wenn auch nicht so strikte, Pflicht zur Unparteilichkeit angenommen werden müssen[43]), denn selbst, wenn er die Interessen der einen Partei, insbesondere derjenigen, die ihm den Auftrag erteilt hat und von der er deshalb die Belohnung erwartet, in höherem Masse im Auge behält als die der anderen, so braucht er darum noch nicht parteiisch zu handeln[44]). Zur Unparteilichkeit wird er schon dadurch angespornt, dass ihm der Mäklerlohn, um dessentwillen er ja seine ganze Thätigkeit entfaltet, erst beim Zustandekommen des vermittelnden Geschäfts zufällt; dieses Zustandekommen aber und dadurch zugleich seine Be-

---

Anm. 42. Besonders hervorgehoben findet sich die unparteiische Stellung der Handelsmäkler von Puchelt in Busch A. 13, S. 410, 414; 415, 417; vgl. auch Puchelt Komm., Anm. 9 zu Art. 66; Anm. 2 zu Art. 81; Pöhls, S. 130 f.; Endemann in seinem Deutschen Handelsrecht in der Auflage von 1865 erkennt nach Lage des H.G.B. die Unparteilichkeit als Pflicht der amtlichen Handelsmäkler an, hält aber dieselbe praktisch für undurchführbar und erklärt ein solches Bestreben für einen frommen Wunsch (vgl. S. 774, S. 775 Anm. 42; S. 782).

Anm. 43. Für den Privathandelsmäkler verneint Grünhut in Endemann's Handelsrecht III, § 131, S. 155 die Pflicht zur Unparteilichkeit. Für den Zivilmäkler wird sie ausdrücklich hervorgehoben im Entwurf zum Schweizerischen Obligationenrecht von 1876, § 335a. Dort heisst es: „Wenn und soweit der Mäkler als solcher in Thätigkeit tritt, hat er dabei die Interessen beider Vertragsparteien wahrzunehmen und kann wegen schuldbarer Verletzung dieser Verpflichtung von jeder der beiden Vertragsparteien auf Schadensersatz belangt werden." Nach der Ansicht des Verfassers dieser Arbeit hat auch der Privathandelsmäkler die Pflicht zur Unparteilichkeit, und zwar in demselben Umfang, wie sie hier für den Zivilmäkler statuiert wird.

Anm. 44. Das blosse Bestreben, den Kaufschilling herabzudrücken, bedeutet z. B. noch in keiner Weise ein einseitiges Wahrnehmen der Interessen des Kaufliebhabers, es kann hierin gerade die Absicht, den Kauf sicher zu Stande zu bringen, liegen.

lohnung in Frage gestellt würde, wenn er die Interessen der einen Partei allzu einseitig wahrnehmen wollte.

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, dass der ganze Streit darüber, ob die Mäkler, insbesondere die Privatmäkler, die Pflicht zur Unparteilichkeit haben oder nicht, sich in erster Linie um die Auslegung des Begriffs der Unparteilichkeit dreht. Versteht man darunter ein schiedsrichterartiges, beide Parteien ganz gleichmässig behandelndes Verhalten, so kann man von einer solchen Pflicht kaum bei den amtlichen Handelsmäklern, geschweige denn bei den Privatmäklern reden; geht man dagegen in seinen Anforderungen nicht so weit und verlangt nur überhaupt irgend eine Wahrung der beiderseitigen Interessen, so wird man die besagte Verpflichtung auch für die Privatmäkler statuieren dürfen. Letztere Ansicht hat zudem am meisten historische Berechtigung, denn die Unparteilichkeit ist mit dem Mäklerinstitut seit jeher aufs engste verknüpft gewesen [45]); sie hat aber zugleich den weiteren Vorzug, dass sie, wenigstens in der Theorie, das Bestreben der Mäkler zum einseitigen Auftreten im Interesse des Auftraggebers [46]) nicht unterstützt. Wenngleich dem Ausspruch Dernburgs, dass die unparteiische Stellung des Unterhändlers ein dem Verkehrswesen gegenüber kaum erreichbares Ideal bleibt [47]), in gewisser Beziehung beigepflichtet werden kann, so darf man doch nicht vergessen, dass, sobald man den Mäkler von dieser Verbindlichkeit lossagt, er überhaupt aufhört, eigentlicher Mäkler zu sein und sich schliesslich völlig mit dem Stellvertreter, Mandatar oder Kommissionär identifiziert. Ist es aber erst soweit gekommen, so erweist sich die ganze Lehre vom Mäklervertrage als überflüssig [48]).

Weitere Verbindlichkeiten des Mäklers sind z. B. die Pflicht zur gewissenhaften Durchführung des erteilten Auftrags, die Verpflichtung, mit vollem Fleisse für das Zustandekommen des aufgetragenen Geschäfts zu arbeiten, die Pflicht zu Sorgfalt und Treue. Diese und die meisten der früher erwähnten Verbindlichkeiten lassen sich des Näheren nicht fixieren, ob sie vom Unterhändler eingehalten wurden, darüber muss von Fall zu Fall entschieden werden. Jeden-

---

Anm. 45. Vgl. in dieser Beziehung L. S. 26 auch S. 10.

Anm. 46. Vgl. das in § 7 bei Anm. 18 ff. Gesagte.

Anm. 47. Dernburg spricht an jener Stelle (Preuss. Privatrecht II, § 190, S. 155) sogar nur von öffentlichen Mäklern, vgl. auch K. S. 250, wo es heisst, dass die Prästierung des vollen Fleisses für beide Teile seitens des Mäklers zumeist ein frommer Wunsch der Theorie zu sein scheint, dessen Erfüllung an der Wahrheit des bekannten Bibelspruches vom Dienste zweier Herren und mit Rücksicht auf die Persönlichkeit vieler Unterhändler zu scheitern pflegt.

Anm. 48. In Wegfall kommt die Pflicht zur Unparteilichkeit dann, wenn jede Partei ihren eigenen Mäkler aufgestellt hat.

falls aber fällt die Verletzung jener Verbindlichkeiten durch den Mäkler, mag sie absichtlich oder fahrlässig erfolgt sein, soweit sie nicht wegen höherer Gewalt, Betrugs oder unverschuldeten Irrtums entschuldbar ist, unter den Begriff des Verschuldens und verpflichtet deshalb zur Entschädigung.

Zum Schluss bleibt noch zur Besprechung übrig diejenige Pflicht, die bei allen obligatorischen Rechtsverhältnissen die wichtigste Rolle spielt, nämlich die Pflicht zur Erfüllung[49]). Diese Pflicht ist beim Mäklergeschäft ganz eigentümlich gestaltet. Der Mäkler ist nämlich zweifellos mit Eingehung des Vertrags verbunden, Bemühungen anzuwenden[50]), er darf dieselben ebensowenig verweigern, wie irgend ein anderer, der einem Vertragsverhältnis sich unterworfen hat, allein er steht für den Erfolg seiner Thätigkeit nicht ein. Infolgedessen hat sein Gegenkontrahent, obwohl er dem Mäkler gegenüber ein Recht auf gewissenhafte Ausübung seiner Vermittlungsthätigkeit besitzt, gegen ihn keine Klage auf Erfüllung. Der Grund zu dieser eigentümlichen Rechtsgestaltung ist darin zu finden, dass die einzelnen Dienste des Mäklers, wie schon in § 7 über die Thätigkeit des Vermittlers gezeigt wurde, viel zu unbestimmt und unbestimmbar sind, als dass sie im voraus genau vorgeschrieben oder nachträglich erzwungen werden könnten. Mit dem Nachweis der Vornahme irgend einer, wenn auch unbedeutenden Bemühung ist der Mäkler im Stande, eine von dem Auftraggeber gegen ihn angestrengte Klage auf Erfüllung zu entkräften. Hier-

---

Anm. 49. Mit der Pflicht des Mäklers zur Erfüllung, bzw. der Klage des Auftraggebers auf Erfüllung ist nicht zu verwechseln die Haftung des Mäklers für Erfüllung, von der weiter oben in diesem Paragraphen die Rede war; im ersten Fall bezieht sich das Wort Erfüllung auf das Vermittlungsgeschäft, d. h. auf das zwischen Auftraggeber und Mäkler eingegangene Geschäft, im zweiten Fall auf das zu vermittelnde Geschäft, d. h. auf dasjenige, das der Mäkler zu Gunsten des Auftraggebers vermitteln soll.

Anm. 50. Wenn Art. 733 des Entwurfs eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse ausspricht, dass der Mäkler zu einer übernommenen Nachweisung oder Vermittlung überhaupt nicht verpflichtet ist, so dürfte dies etwas zu weit gegangen sein, — bei der Undurchführbarkeit einer Leistungsklage gegen den Mäkler liegt allerdings eine gewisse Richtigheit in jener Bestimmung — auch hängt dieselbe aufs engste mit der eigentümlichen Auffassung zusammen, die der genannte Entwurf von der Natur des Mäklervertrags hat. Er behandelt ihn ja bekanntlich als ein bedingtes Zahlungsversprechen unter der Annahme einer Potestativbedingung auf seiten beider Vertragschliessenden und unter diesem Gesichtspunkt ist die Bestimmung des § 733 berechtigt; im allgemeinen wird man aber eine Pflicht des Mäklers zur Vermittlung, nachdem er ein Vertragsverhältnis hierüber mit einem anderen eingegangen hat, unbedingt statuieren müssen (vgl. auch Curtius Handbuch des sächs. Rechts § 1615). Der Absatz 2 des § 335a des Entwurfs zum Schweizerischen Obligationenrecht von 1876 bestimmt: „Wegen Unterlassung jeder Thätigkeit oder wegen nachträglicher Einstellung seiner Thätigkeit kann der Mäkler, abgesehen von Arglist oder Verletzung einer ausdrücklicher Zusicherung, nicht verantwortlich gemacht werden".

aus ergiebt sich die factische Unmöglichkeit einer Leistungsklage für letzteren.[51])

Auch nach Lage der R.C.P.O. erweist sich, wie Rocholl in R.R. II S. 84 sehr zutreffend ausführt, eine Leistungsklage gegen den Mäkler als undurchführbar.

Die Erhebung einer solchen ist unmöglich, weil nach § 230 Ziff. 2 der C.P.O. die bestimmte Angabe des Gegenstandes des erhobenen Anspruches vorgeschrieben ist, das Verlangen auf Leistung der übernommenen Vermittlungsthätigkeit sich jedoch als zu unbestimmt erweist, um jener Vorschrift zu genügen. Aber auch die Bestimmungen, welche die C.P.O. in § 773 ff. über die Zwangsvollstreckung von Handlungen aufstellt, liessen sich nicht anwenden, denn § 773 setzt eine sogenannte vertretbare, von jedem Dritten ausführbare Handlung voraus, als welche die Vermittlung eines Rechtsgeschäfts nicht angesehen werden kann und bei § 774, der unvertretbare Handlungen im Auge hat, fehlt es nicht nur an der Bestimmbarkeit der Handlung, sondern auch an der weiteren Voraussetzung dieses Paragraphen, dass die Handlung ausschliesslich von dem Willen des Schuldners — im gegebenen Fall des Mäklers — abhängig sein müsse.[52])

Es bleibt nun allerdings dem Auftraggeber eine Klage auf das Interesse wegen pflichtwidriger Unthätigkeit gegen den Vermittler übrig[53]), aber auch diese wird nur sehr selten erfolgreich sein; gewöhnlich muss er sich deshalb mit einer Einrede gegen den Anspruch auf Mäklerlohn begnügen. Selbst die *actio doli*, die dem Geschäftsherrn gegen den Mäkler wegen schuldhafter Schadenszufügung oder unredlicher Handlungsweise bei Vornahme[54])

Anm. 51. Neubauer hebt auf Seite 10 hervor, dass bei dem K. Kammergericht in Berlin thatsächlich noch niemals eine Klage auf Erfüllung des Mäklervertrags gegen den Mäkler erhoben worden ist. Schorch § 7 nimmt eine Klage auf Erfüllung als möglich an, wenn er sagt: *praeterea obligantur proxenetae ad officium suum accurate exsequendum, si secus aut negligentia aut malo animo fecerint, is qui sibi hominem adjunxerit, jus suum contra eum a quo sit destitutus, persequitur, agendo quidem vel ad implendum negotium vel ad restituendum id quod dederit. In quo locus est actioni ex mandato, qua in personam agitur aut bonae fidei cui semper actio de dolo inest, vel rei persecutoriae, quae mandatori adversus proxenetum datur eo ut adimpleat negotium aut id quod interest praestet et ut restituat, quidquid negotii causa acecperit.* Die Ansicht von Schorch beruht, wie aus dem Text hervorgeht, auf der Unterordnung des Mäklergeschäfts unter das Mandat. Anders Bodinus cap. 5, th. 4, wo er sagt: *proxenetae regulariter non tenentur nec obligantur licet negotium exoptum finem non attigerit* (vgl. andererseits cap. 5., th. 10).

Anm. 52. Sehr häufig wird der Mäkler durch äussere Umstände an der selbstständigen Durchführung seines Willens gehindert sein.

Anm. 53. Vgl. auch Anm. 51.

Anm. 54. Cf. Bodinus cap. 5, th. 12.

seiner Vermittlung in der Theorie zweifellos zusteht, wird praktisch wegen ihrer Erfolglosigkeit unbrauchbar sein; nur als Einrede, als exceptio doli vorgebracht, kann sie allenfalls zum Ziele führen. Diese Einrede, die der Auftraggeber aus der Nichterfüllung oder aus der unredlichen Erfüllung seines Gegners gegen dessen Lohnanspruch geltend macht, wird als das einzige wertvolle Schutzmittel des Auftraggebers betrachtet werden dürfen [55]).

Hat der Geschäftsherr dem Vermittler zum voraus den Lohn ausbezahlt, was nicht leicht vorkommen wird, und das gewollte Geschäft kommt nicht zu Stande, so kann er zweifelsohne das Geld mit der *condictio causa data causa non secuta* zurückfordern [56]).

Übrigens ist die rechtliche Stellung des Mäklers in dieser Beziehung eine nicht viel bessere als die des Auftraggebers, denn er hat zwar ein Recht auf Belohnung, aber erst nach Abschluss des Geschäfts durch seinen Auftraggeber; auch er ist sonach — mit einer später [57]) zu erörternden Ausnahme — der Willkür seines Mitkontrahenten bis zu einem gewissen Grade preisgegeben [58]).

Bis jetzt ist nur konstatiert worden, dass die Thätigkeit des Mäklers eine Anzahl von Verpflichtungen im Gefolge hat, es wurde aber noch nichts darüber gesagt, ob der Mäkler diese Verbindlichkeiten beiden Parteien gegenüber einzuhalten hat oder nur gegenüber derjenigen Partei, von der ihr der Vermittlungsauftrag übertragen worden ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt aufs engste mit der weiteren, in § 6 erörterten Frage zusammen, ob der Mäkler nur mit dem ersten Auftraggeber oder auch mit dessen Gegenkontrahenten in ein Vertragsverhältnis tritt. Da letzteres der Fall ist, so ergiebt sich hieraus die unmittelbare Folge, dass der Mäkler gegen beide Parteien die gleichen Pflichten hat und zwar sowohl der Handelsmäkler als der Privatmäkler. Für die Pflicht der Unparteilichkeit ist dies ohne Weiteres klar. Sie ist die notwendige Konsequenz jenes zweifachen Vertragsverhältnisses. Nicht viel anders verhält es

---

Anm. 55. Da auch diese Einrede sich nicht leicht begründen lässt und die redliche gewissenhafte Vermittlungsthätigkeit eine sittliche Höhe der Mäkler voraussetzt, welche man erfahrungsgemäss nicht allgemein bei ihnen präsumieren darf, so hat Rocholl (R. R. II, S. 92) Recht, wenn er sagt, dass dieser Rechtszustand von grossen Gefahren begleitet ist und notwendig eines Correctivs bedürfte. (Näheres über die Einrede siehe in § 9 bei der Frage der Interessencollision).

Anm. 56. Vgl. auch Bodinus cap. 5, th. 11.

Anm. 57. Vgl. § 9 dieser Arbeit bei Anm. 36 ff.

Anm. 58. Cf. Neubauer, S. 22 f., Gruchots Beiträge Band 28, S. 837, desgl. § 10 dieser Arbeit, wo ausgeführt ist, dass der Geschäftsherr befugt ist, das von dem Mäkler begonnene Geschäft jederzeit aufzugeben und sich einen anderen Vermittler auszusuchen.

sich mit den übrigen Pflichten zur Verschwiegenheit, zur Treue, zur Sorgfalt, zur Gewissenhaftigkeit und insbesondere zur Schadloshaltung wegen Verschuldens. Die Haftbarkeit des Mäklers erstreckt sich hier ebenfalls auf *culpa levis in abstracto*, so dass z. B. ein Privatvermittler, der die ihm von dem Gegenkontrahenten seines Auftraggebers erteilte Offerte aus Nachlässigkeit letzterem zum Nachteil des ersteren übermitteln würde oder sonst irgendwie es an der erforderlichen Sorgfalt fehlen liesse, unbedingt für den entstandenen Schaden einzutreten hätte [59]) In Wirklichkeit wird wegen der Schwierigkeit des Nachweises einer Verschuldung die Geltendmachung derartiger Ansprüche einen äusserst seltenen Fall bilden. Prinzipiell steht dem Dritten eine Klage auf Schadensersatz gegen den dolosen oder culposen Mäkler jedenfalls zu [60]).

Eine Untersuchung der Frage, ob das doppelte Vertragsverhältnis für den Mäkler bezüglich seines Rechts auf Belohnung die nämlichen Folgen hat, wie hinsichtlich seiner Pflichten oder ob nicht die eigenartige Natur des Mäklervertrags hierin eine Abweichung von der Regel verlangt, muss dem Abschnitt über den Mäklerlohn vorbehalten bleiben.

§ 9.

Rechte des Mäklers, insbesondere das Recht auf Belohnung.

A. Das wichtigste Recht des Mäklers, und zwar des amtlichen und nichtamtlichen Handelsmäklers sowohl als des gewerbemässigen und nichtgewerbemässigen Privatvermittlers ist unstreitbar sein Anspruch auf Belohnung. Seitdem die in früheren Zeiten den öffentlichen Mäklern zustehenden Rechte auf Ausschluss der sogenannten Pfusch- oder Winkelmäkler von der Ausübung des Vermittlungsgewerbes [1]) und auf Nichtüberschreitung der gesetzlich zugelassenen Anzahl von Mäklern innerhalb eines bestimmten Bezirks nicht mehr praktisch sind, bleibt heutzutage der Honorarbezug sogar als einziges Recht des Vermittlers übrig. In diesem Anspruch des Unterhändlers auf Bezahlung bzw. in der entsprechenden Pflicht seines Auftraggebers zur Bezahlung der Mäklergebühr gipfelt die ganze Lehre vom *pactum proveneticum*.

Anm. 59. Vgl. Anm. 12 in § 6 der vorliegenden Abhandlung.

Anm. 60. S. K. S. 249.

Anm. 1. Vgl. z. B. § 1311 des Allg. Preuss. Landrechts (aufgehoben durch Art. 60 N. 11 des Pr. E.G. z. A. D. H.G.B. vom 24. Juni 1861).

Seit der Gewährung einer Belohnung an den Unterhändler oder richtiger ausgedrückt seit der Anerkennung einer solchen durch das Recht ist das *pactum proxeneticum* in die Reihe der rechtlich bedeutsamen Geschäfte eingetreten und hat die verdiente Beachtung durch die Juristen erheischt [2]).

Das Recht auf Belohnung ist es, an dem die Eigentümlichkeiten des Vermittlungsgeschäfts sich entwickelt haben und das demselben seine besondere Stellung im Rechtssystem verschafft hat; in der Aussicht auf Belohnung liegt die eigentliche Triebfeder für den Vermittler, sich um die Geschäfte fremder Personen anzunehmen.

In der bequemen Art die Belohnung zu verdienen, ist endlich der Anlass dafür zu suchen, dass zweifelhafte Elemente sich dem Mäklergewerbe widmeten und dass deshalb ein nicht unbeträchtlicher Teil der Vermittler zu allen Zeiten keines grossen Ansehens sich erfreut hat [3]) [4]).

I. Zunächst soll nun in Folgendem die Frage zur Erörterung gelangen, wann die Mäklergebühr für den Unterhändler als verdient anzusehen ist.

Anm. 2. Dass die Vermittlung von Geschäften ursprünglich bei den Römern unentgeltlich besorgt wurde oder besser gesagt, dass ein Vermittler zu Anfang kein kontraktliches, gerichtlich verfolgbares Recht auf Belohnung der von ihm geleisteten Dienste hatte und dass erst allmählich mit Erteilung einer *extra ordinem petitio* eine Änderung hierin eintrat, ist in § 4 schon erwähnt worden und wird in § 10 noch näher behandelt werden; ebendort wird auch gezeigt werden, dass diese Erscheinung teilweise mit dem römischrechtlichen Unterschied zwischen *operae liberales* und *illiberales* zusammenhängt, dass die Dienstleistungen eines *proxeneta* als *operae liberales* galten, und dass deshalb, sobald eine Belohnung für dieselben vom Recht zugelassen worden war, diese Belohnung nicht als eigentliche Bezahlung, als *merces*, sondern als *honorarium* angesehen wurde. Der gewöhnliche Name für die Mäklerprovision war bei den Römern bekanntlich *proxeneticum*. Über die mannigfaltigen Synonimen hierfür ist schon früher in § 2 die Rede gewesen.

Anm. 3. Vgl. Anm. 3 in § 4.

Anm. 4. Bei keinem anderen Berufszweig ist aber auch die Möglichkeit des Gelderwerbs ohne persönlichen Geldaufwand so sehr erleichtert wie beim Vermittlungsgeschäft. Ein richtiger Blick für die bestehenden Verhältnisse, ein rasches Ausnützen derselben und einige Menschen- und Sachkenntnis genügen, um in kleinen und grossen Verkehrsplätzen mit Erfolg das Mäklergewerbe zu betreiben. Bei den Römern kam, wie Laband auf Seite 13 richtig bemerkt, noch als weitere Erleichterung dazu, dass es nach römischem Recht jedem, auch demjenigen, der sich selbst nicht rechtsverbindlich verpflichten konnte, gestattet war, fremde Geschäfte zu vermitteln. Die Geldmittel sowohl als die Zeit, die jeder Berufsinhaber, sei er Handwerker, Gewerbetreibender, Kaufmann, Künstler, Beamter oder Gelehrter darauf verwenden muss, um die nötigen Vorkenntnisse zur Ausübung seiner Berufsthätigkeit sich anzueignen, ebenso die Auslagen an Material zur Ausführung der aufgetragenen Arbeiten oder das Aufbringen des zum Betrieb der gewählten Erwerbsthätigkeit nötigen Kapitals, alle diese Aufwendungen fallen für den Unterhändler beinahe gänzlich weg; kein Wunder daher, wenn viele arbeitsscheue oder in ihrem Gewerbe

Perfekt ist, wie früher erwähnt wurde [5]), das *pactum proxeneticum* mit dem Consens der Kontrahenten, d. h. wenn die eine Partei bereit ist, das fragliche Geschäft zu vermitteln und die andere einen der ersteren genehmen Lohn auszubezahlen sich erbietet. Klagbar aber wird dasselbe nicht schon infolge der blossen formlosen Willensübereinstimmung der kontrahierenden Parteien, es muss vielmehr, ehe die Lohnforderung des Vermittlers gegen seinen Geschäftsherrn fällig und klagbar wird, eine Leistung seinerseits erfolgt und ein Resultat durch ihn erzielt sein. Fragt man sich nun, wann der Erfolg seiner Arbeit geeignet erscheint, die Klagbarkeit der Belohnung zu begründen, so leuchtet sofort ein, dass es unthunlich ist, lediglich die aufgewendeten Bemühungen des Unterhändlers hierfür zu Grund zu legen, dass man vielmehr auf das Resultat seiner Mühewaltung entscheidenden Wert zu legen hat [7]) und fragt man sich weiter, wann ein wirklicher Erfolg für den Geschäftsherrn vorliegt, so kann man auch hier über die richtige Antwort nicht lange im Zweifel sein. Ein vollständiger Erfolg kann für den Auftraggeber erst darin gefunden werden, dass das von ihm zur Vermittlung dem Mäkler übertragene Geschäft zu Stande gekommen ist.

Ob dieser Gesichtspunkt schon von den Römern festgehalten wurde, lässt sich aus den Quellen nicht entnehmen; heutzutage ist es jedenfalls ein von Doctrin und Praxis, von Legislatur und Iudikatur allgemein [8]) anerkannter Grundsatz des deutschen Gewohnheitsrechts, ein Grundsatz, der aber zudem so sehr in der Natur des ganzen Mäklerinstituts liegt, dass er ohne Weiteres den Rückschluss zulässt, er sei von den Römern ebenso beobachtet worden wie bei uns [9]). Auch die historische Entwicklung, die das Vermitt-

---

niedergebrochene Individuen sich diesem für den Gelderwerb so bequemen Beruf zuwenden, kein Wunder, wenn gerade bei jenen Leuten die Gewinnsucht besonders stark ausgebildet ist, kein Wunder aber auch, wenn deshalb die Gesetzgeber die Geschäftsherrn gegen Übergriffe ihrer Unterhändler durch besondere Verordnungen schützten, so vor allem durch Regelung der Voraussetzungen, unter denen eine Mäklergebühr als verdient zu gelten habe und vielfach auch durch Fixierung einer Maximalhöhe für die Mäklerprovision selbst.

Anm. 5. Vgl. § 6 der gegenwärtigen Arbeit nach Anm. 6.

Anm. 7. Die absolute Unmöglichkeit, den Grad und Wert der von dem Mäkler aufgewendeten Mühe und Sorgfalt gerecht abzuwägen und ein für allemal geltende allgemeine Regeln aufzustellen, die den Richter in den Stand setzen, im einzelnen Fall darüber zu urteilen, ob die geleisteten Dienste für den Vermittler einen Anspruch auf Vergütung zn begründen geeignet sind oder nicht, hat von selbst dazu geführt, den Erfolg der Mäklerarbeit als massgebend zu betrachten und nur unter dieser Voraussetzung die Gebühr zu gewähren.

Anm. 8. Vgl. Anm. 11, 12 und 14 in diesem Paragraphen.

Anm. 9. Erst wenn das vermittelte Geschäft zu Stande gekommen, wenn die Thätigkeit des Mäklers von Erfolg gewesen ist, lässt sich beurteilen, ob die von ihm

lungsgeschäft im römischen Recht genommen hat, giebt zu dieser Annahme Berechtigung.

Wie bei allen derartigen formlosen gegenseitigen Geschäften, welche nicht unter die eigentlichen Kontraktstypen fielen, so stand auch beim *pactum proxeneticum* eine *extraordinaria petitio* erst dann zur Verfügung, wenn die klägerische Seite, also im vorliegenden Fall der proxeneta nachzuweisen vermochte, dass er seine Aufgabe erfüllt und zwar vollständig — *rite* — erfüllt habe. Erfüllt war des Vermittlers Arbeit aber erst dann, wenn das ihm aufgetragene Geschäft zu Ende geführt und zwar so zu Ende geführt war, wie es der Geschäftsherr gewollt hatte; handelte es sich, was als Regel zu betrachten sein dürfte, um die Vermittlung eines eigentlichen Rechtsgeschäfts, so war der Vermittler seiner Verpflichtung offenbarer Weise erst völlig nachgekommen, wenn das Geschäft, das er zu vermitteln hatte, thatsächlich in einer den Auftraggeber befriedigenden Weise zum Abschluss gebracht war. Auch bei den Römern konnte und durfte somit der Prätor die *extra ordinem cognitio* [10]) erst dann eintreten lassen, wenn ihm der Mäkler jenen Nachweis erbracht hatte.

1. Ist hiernach zwar nicht mit absoluter Bestimmtheit, aber doch mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass schon das römische Recht an dem erwähnten Grundsatz festhielt, so ist es gegenwärtig in Deutschland, wie schon bemerkt, durch Gewohnheitsrecht [11]) in völlig unbestrittener Weise anerkannt [12]), dass ein Geschäftsvermittler die verabredete oder angemessene Vergütung, falls nichts anderes vereinbart wurde, nur dann beanspruchen kann, wenn über die von ihm nachgewiesene Sache oder mit der von ihm nachgewiesenen Person oder überhaupt infolge seiner Vermittlung der in Aussicht

---

gewählten Mittel die richtigen und zweckmässigen waren; den Anspruch auf Gebühr vom eingetretenen Erfolg abhängig zu machen, erscheint demnach berechtigt und natürlich.

Anm. 10. Über die *extraordinaria petitio* und die *extra ordinem cognitio* vgl. § 10 dieser Arbeit bei Anm. 43.

Anm. 11. Rocholl drückt sich in R. R. II, S. 85 folgendermassen aus: „Das Gewohnheitsrecht nimmt die Perfektion des Vertrags als eine stillschweigend vereinbarte Vertragsbedingung der Zahlbarkeit des Mäklerlohns an. Dieser Satz ist in Art. 82 des A. D. H.G.B. aufgenommen und wenn auch nicht gesetzlich, so doch durch Doktrin und Praxis auf den Privatmäklervertrag ausgedehnt“ (s. Nürnberger Protokolle S. 147 bis 150 und S. 974; R.G.E. 4, S. 224, 6, S. 187 f.)

Anm. 12. Auch in der Gesetzgebung, soweit dieselbe sich mit dem Mäklervertrag beschäftigt hat, ist dieser Grundsatz festgehalten. Zu vgl. Art. 82 A. D. H G.B.; § 1254. Sächs. Gesetzbuch; § 6. Bayrisches Landrecht, Th. 4, cap. 9; Art. 733 Dresdener Entwurf; § 580 Entwurf des bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich (erste Lesung, § 587 (zweite Lesung). Entwurf z. Schweiz. Obligationenrecht von 1876 Art. 335 b.

genommene Vertrag und zwar so wie er von dem Geschäftsherrn beabsichtigt war[13]), auch wirklich zu Stande gekommen ist[14]).

Hieran knüpft sich zunächst unmittelbar die weitere Frage: Wann ist das vom Unterhändler vermittelte Geschäft als zu Stande gekommen zu betrachten? In allgemein giltiger Weise lässt sich diese Frage nicht beantworten; so verschieden die einzelnen zu vermittelnden Verträge in ihrer rechtlichen Gestaltung erscheinen, so verschieden ist auch der Zeitpunkt, an dem sie als zu Stande gekommen zu gelten haben. Einige generelle Grundsätze lassen sich übrigens immerhin aufstellen. Im Allgemeinen ist ein vermitteltes Geschäft zum Abschluss gebracht, wenn der vom Geschäftsherrn gewollte Erfolg erreicht ist und zwar der rechtliche, nicht der ökonomische Erfolg. Regelmässig ist daher ein zu vermittelndes Geschäft noch nicht als verdient anzusehen, wenn die Einigung der Parteien[15]) zwar über sämtliche Modalitäten des Vertrags erzielt ist, eine bindende Erklärung des Vertragsabschlusses aber noch nicht stattgefunden hat; das Nämliche muss dann gelten, wenn das Einverständnis der Kontrahenten bis zu einem rechtlich fixierbaren *pactum de contrahendo*, ja selbst zu einem klagbaren *pactum de contrahendo* gediehen ist, denn der Endzweck des Vermittlungsauftrags ist auf die Vollziehung, nicht auf die blosse Vollziehbarkeit des beabsichtigten Geschäfts ge-

---

Anm. 13. Unter Umständen kann, wie auch aus zahlreichen Reichsgerichtsentscheidungen (z. B. Bolze 6, N. 492, 8. N. 431, 9, N. 324) zu entnehmen ist, ein gleichwertiges Geschäft der Absicht des Auftraggebers entsprechen. dann muss es im allgemeinen genügen, wenn das beabsichtigte Unternehmen in den Hauptpunkten geglückt und der Zweck des Auftrags im wesentlichen erreicht ist; ebensowohl kann das Entgegengesetzte der Fall sein und der Auftrag des Geschäftsherrn, jede restriktive Interpretation ausschliessen. Hierüber ist nach der Sachlage des Einzelfalls zu entscheiden.

Anm. 14. Sintenis II, S. 691, Anm. 5; Wening-Jngenheim II, § 227; Schweppe § 613 d; Windscheid II, § 404, Note 8; Seuffert, Pandekten II, § 334, Note 13; v. Holzschuher II, Kap. 15, S. 802; Dernburg, Preuss. Privatrecht § 190, S. 556 f.; Neubauer S. 12; L. S. 6 a. a. O.; K. § 3, S. 235 ff.; Zachariae qu. 27 (vgl. Anm. 25 dieses Paragraphen); Riccius § 69; Straccha p. ult. N. 14; Titius § 11, lib. X, cap. 6; Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für d. Deutsche Reich zu § 580, S. 512; Seuff. A. 22.134; 30.141; 37.307; 40.16; 44.13; Busch A. 18, S. 454; 28, S. 168; 31, S. 364; 13, S. 420 ff.; R.G.E. 4, S. 224; 6, S. 187 f.; Württ. Archiv 9, S. 180; Blätter f. Rechtsanwendung 39, S. 389; 42, S. 309; 43, S. 237; Entsch. des Bayr. obersten Landesgerichts 4, S. 620, 5, S. 177; Z. 8, S. 172, 8, S. 573, Nr. 87; 15, S. 554; R. R. II, S. 84 ff.; Bolze 2, N. 923; Gruchots Beiträge 28, S. 836 f.; Weiske's Rechtslexikon 10, S. 613 f.

Anm. 15. Dass nur der Consens der über das zu vermittelnde Geschäft pactierenden Parteien massgebend sein kann und nicht etwa eine zwischen Mäkler und Kaufsliebhaber erfolgte Einigung, bedarf kaum einer besonderen Erwähnung.

richtet, ein wenn auch klagbarer Vorvertrag ist aber einem vollzogenen Vertrag in keiner Weise gleichzuachten.

Vielmehr wird man ein vermitteltes Geschäft als zu Stande gekommen erst betrachten dürfen, wenn dasselbe rechtswirksam geworden ist. Mit der Rechtswirksamkeit fällt meist die Klagbarkeit zusammen. Sobald ein Geschäft bis zur Klagbarkeit gediehen ist, ist auch der rechtliche Erfolg für den Geschäftsherrn begründet und auf diesen, nicht auf den ökonomischen Erfolg kommt es ja an.

Hieraus folgt unmittelbar, dass, wenn der Vertrag mit dem Dritten unter einer aufschiebenden Bedingung eingegangen ist, der Mäkler einen Anspruch auf Belohnung erst erhält, wenn die Bedingung eingetreten ist; fällt die Suspensivbedingung aus, so ist das vermittelte Geschäft für die beiden Kontrahenten, der erhoffte Lohn für den Mäkler vereitelt. Dieser Satz ist allgemein anerkannt [16]) und hat auch in den Gesetzesbestimmungen, soweit solche über das Mäklergeschäft bestehen, Aufnahme gefunden, so z. B. in Art. 82 Abs. 2 des H.G.B., in § 580 Abs. 2 des Entwurfs eines bürg. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (erste Lesung), in § 587 (zweite Lesung), in Art. 733 Abs. 2 des sogenannten Dresdener Entwurfs [17]).

Nicht so einfach liegt die Sache, wenn dem zu vermittelnden Vertrag durch die Parteien eine Resolutivbedingung [18]) beigefügt ist, weil, wie die Motive zum Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (II. S. 513) sagen, „häufig die Erledigung dieser Bedingung sich erst in sehr ferner Zeit und nach der Erfüllung des Vertrags mit dem Dritten entscheidet.“ Wenn eine dem zu vermittelnden Vertrag beigefügte Resolutivbedingung vorliegt, so kommt es darauf an, ob die rechtliche Wirkung dieses Vertrags

---

Anm. 16. Neubauer S. 16; Bolze 7, N. 508; Puchelt, Kommentar zu Art. 82 H.G.B. Ziff. 3; Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsehe Reich zu § 580 II, S. 513.

Anm. 17. Art. 82, Abs. 2 des H.G.B., der analog auch auf Privathandelsmäkler und Privatmäkler angewandt werden darf (vgl. Anm. 11 in § 5) bestimmt: „Ist das Geschäft nicht zum Abschluss gebracht oder nicht zu einem unbedingten geworden, so kann für die Unterhandlungen keine Mäklergebühr gefordert werden. Dass die Suspensivbedingung unter diese Bestimmung fällt, ist zweifellos, über die Anwendbarkeit auf Resolutivbedingungen vgl. folgende Anm. Deutlicher sprechen sich aus § 580 des Entwurfs eines bürg. Gesetzb. f. d. D. R. (I. Lesung) und § 587 (II. Lesung); in § 580 heisst es: „Ist der Vertrag mit dem Dritten unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so hat der Mäkler auf die Mäklergebühr erst dann Anspruch, wenn die Bedingung erfüllt ist.“ Ähnlich § 587, desgl. Art. 733 des Dresdener Entwurfs.

Anm. 18. Dass Art. 82, Abs. 2 des H.G.B. auch Resolutivbedingungen in sich begreift, nehmen die meisten Handelsrechtslehrer mit Recht an. Hätte das H.G.B. nur Suspensivbedingungen im Auge gehabt, so wäre wohl eine andere Fassung des Absatz 2 gewählt worden.

sofort mit dessen Abschluss durch den Auftraggeber und seinem Mitkontrahenten als eingetreten zu betrachten ist, oder ob die rechtliche Wirkung desselben für die Kontrahenten erst mit dem Zeitpunkt der Erfüllung der auflösenden Bedingung als erfolgt angesehen werden kann. Im ersteren Fall würde der spätere Eintritt der Resolutivbedingung und die damit verbundene Auflösung des Geschäfts *ex tunc* an dem Lohnanspruch des Mäklers nichts ändern, im letzteren Fall dagegen ist die Mäklergebühr erst fällig mit dem Ausfallen der *condicio resolutiva*. Beide Grundsätze haben gewisse Härten im Gefolge. Der erstere für den Geschäftsherrn, weil er die Provision bezahlen muss, selbst wenn das vermittelte Geschäft sich nachher wieder auflöst; der letztere für den Mäkler, weil seine Gebühr von einem gewöhnlich ganz ausserhalb seiner Einflusssphäre stehenden Moment abhängig gemacht ist [19]). Es sind deshalb in der Litteratur die Ansichten bezüglich der Behandlung der Resolutivbedingung geteilt.

Das erstere für den Geschäftsherrn ungünstige Prinzip wird vertreten z. B. von Koch in Hiersemenzels Deutscher Gerichtszeitung S. 230, in Z. 8 S. 573, auch von den Motiven, allerdings mit einer bedeutenden Einschränkung. Am Schluss der betreffenden Ausführungen auf S. 513 des 2. Bandes heisst es nämlich: „eine andere Frage ist, ob nicht nach dem Eintritte der Resolutivbedingung auch der Anspruch des Mäklers auf die Gebühr hinwegfällt, bzw. die bereits bezahlte Gebühr nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden kann.“ Damit ist die zu Anfang ausgesprochene Ansicht, wonach die rechtliche Wirkung des vermittelten, resolutiv bedingten Vertrags und damit auch der Lohnanspruch des Mäklers sofort eintrete, nachträglich so gut wie widerrufen, jedenfalls sind dem zweiten Prinzip weitgehende Konzessionen gemacht.

Verteidiger des entgegengesetzten Grundsatzes sind beispielsweise Puchelt, Komm. zu Art. 82 des H.G.B. in Z. 3; Busch A. 31 S. 364. Dieses letztere Prinzip wird wohl als das richtige anzusehen sein, auch steht es mit der allgemeinen Pandektenlehre über die Resolutivbedingungen im Einklang. Hiernach ist der Anspruch des Mäklers auf seinen Lohn erst begründet mit dem Zeitpunkt, in welchem es gewiss ist, dass die auflösende Bedingung nicht eintritt. Dabei ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass die Belohnung dem Mäkler noch während des Obschwebens der Resolutivklausel ausbezahlt wird, (ebensogut wie auch z. B. der Erwerber eines unter einer Resolutivbedingung erlangten Gegenstands während dieser Zeit alle Rechte

Anm. 19. Häufig erstreckt sich ja die Thätigkeit des Privatmäklers — auf die amtlichen Handelsmäkler trifft dies nicht zu — gar nicht bis auf den eigentlichen Vertragsabschluss, letzterer wird vielmehr, nachdem er vom Unterhändler eingeleleitet ist, durch die Kontrahenten selbst zu Ende geführt.

eines Eigentümers ausüben darf). Mit dem Eintritt der Resolutivbedingung lebt jedoch der frühere Zustand rückwärts wieder auf, jede auf dem Geschäft beruhende spätere Veränderung wird unmittelbar beseitigt, der geschlossene Vertrag als nicht zu Stande gekommen, der Lohn des Mäklers als nicht verdient betrachtet und infolgedessen ein noch nicht bezahlter Lohn nicht entrichtet, ein schon ausbezahlter wieder zurückgefordert. Bei der oft zweifelhaften *qualitas personae* der Unterhändler erscheint es deshalb rätlich, in solchen Fällen mit der Gewährung des Lohns bis zur Entscheidung über den Eintritt oder Ausfall der beigefügten Bedingung zuzuwarten.

Resolutivbedingungen, die ganz in das Belieben eines der Kontrahenten gestellt sind, wie z. B. die *lex commissoria*, die *addictio in diem*, das *pactum displicentiae*, können der Billigkeit halber nicht nach dem soeben beschriebenen Grundsatz behandelt werden, denn es wäre höchst ungerecht, wollte man den Lohnanspruch des Mäklers abhängig machen von Ereignissen, deren Eintritt oder Nichteintritt ganz in der Macht der Kontrahenten liegt, wie dies bei der *lex commissoria* und der *addictio in diem* immer, beim *pactum displicentiae* meistens der Fall ist. Man wird vielmehr sagen müssen, sobald Geschäfte durch Bedingungen — und zwar Suspensiv-[20]) oder Resolutivbedingungen — in die reine Willkür der Kontrahenten des zu vermittelnden Vertrags gestellt sind, so ist für den Lohnanspruch des Mäklers nicht der Eintritt bzw. Ausfall der betreffenden Bedingung massgebend, sondern der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses. Hat der bedingungsweise verpflichtete Kontrahent mit Absicht die Erfüllung der Bedingung verhindert, so gilt nach dem bekannten gemeinrechtlichen Satz *quotiens per eum, cujus interest, condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset*, das Geschäft als unbedingt, der Mäklerlohn als verdient. Alles was im Vorhergehenden über Bedingungen gesagt wurde, basiert auf dem gemeinen Recht, wenn Partikulargesetzgebungen in dieser Hinsicht abweichende Formen festgesetzt haben, so sind natürlich diese massgebend.

Befristete Geschäfte sind nach Art der aufschiebend bedingten zu behandeln, wenn der ihnen beigefügte Termin bezüglich seines Eintrittes ungewiss ist. Wird dagegen einem Rechtsgeschäft ein bestimmter künftiger Zeitpunkt als Anfangstermin beigefügt, so tritt die rechtliche Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort ein, es sei denn, dass das Gegenteil aus dem Inhalt des Vertrags erhelle, die Gebühr kann demnach auch sofort nach der Erfüllung des vermittelten, in dieser Weise befristeten Vertrags vom Mäkler gefordert werden.

Anm. 20. Suspensivbedingungen sind seltener dem reinen Belieben eines der Vertragskontrahenten unterworfen als Resolutivbedingungen.

Ist die Perfektion des zu vermittelnden Vertrags von gewissen gesetzlichen oder verabredeten Formalitäten z. B. Schriftlichkeit, notarieller Beurkundung, Eintrag im Grundbuch, gerichtlicher Insinuation und dgl. abhängig, so wird es bei mangelnder vorhergegangener Vereinbarung häufig zweifelhaft sein, ob die Vernachlässigung derselben für den Anspruch des Mäklers auf Lohn von Einfluss ist oder nicht, um so mehr als der eigentliche Abschluss des Geschäfts nicht mehr zu den Aufgaben des Unterhändlers gehört. Vor allem wird es auf den Sinn der betreffenden Gesetzesbestimmung oder Verabredung ankommen; ist die Formalität als notwendige Voraussetzung für die Perfektion des fraglichen Geschäfts anzusehen, so dass ohne sie der Vertrag keine rechtliche Wirkung erhält, so wird der Mäklerlohnanspruch von deren Beobachtung abhängig sein, im entgegengesetzten Fall dagegen nicht.

Es dürfte nicht uninteressant sein, einen kurzen Blick darauf zu werfen, wann bei den am häufigsten zur Vermittlung übertragenen Geschäften das Moment des Zustandegekommenseins eintritt.

Bei Kaufverträgen geschieht es mit der Perfektion des Kontrakts, also mit der Einigung über Ware und Preis, bei Verschaffung von Darlehen, wenn zwischen dem den Mäklerlohn Versprechenden und der zur Eingehung eines Darlehensvertrags geeigneten, nachgewiesenen Person ein Darlehensvertrag zu Stande gebracht ist, d. h. wenn das Darlehen empfangen bzw. gegeben ist. Der Abschluss eines blossen *pactum de mutuo dando* genügt noch nicht zur Begründung eines Mäklerlohnanspruchs [21]). Bei allen auf Eigentumsübertragung gerichteten Geschäften ist das Moment des Zustandekommens eingetreten mit der Übertragung des Eigentums, bei Grundstücksverkäufen demnach, in Ländern, in welchen hiezu Eintrag im Güterbuch oder dgl. vorgeschrieben ist, mit der Vollziehung dieser Formvorschrift. Bei Heiratsvermittlungen endlich ist das vom Auftraggeber gewollte Resultat gewöhnlich erst als erreicht zu betrachten mit dem Abschluss der Ehe, noch nicht mit dem einem Vorvertrag in dieser Beziehung gleichzuachtenden Verlöbnisabschluss [22]).

a) Aus der Abhängigkeit des Mäklerlohnanspruchs von dem Zustandekommen des vermittelten Geschäfts ergiebt sich fürs erste die notwendige Folge, dass der Unterhändler regelmässig, d. h.

Anm. 21. Vgl. hierüber Neubauer S. 14, der auch Entscheidungen entgegengesetzter Ansicht aufführt.

Anm. 22. Bei Geschäften, die durch einen beeidigten amtlichen Handelsmäkler vermittelt werden, ist das Geschäft normaler Weise dann zu Stande gebracht, wenn der Sensal beiden Parteien die Schlussnote gegeben hat und diese sie angenommen haben. H.G.B. Art. 82 vgl. mit Art. 73; für die Privathandelsmäkler des Art. 272 Ziff. 4 des H.G.B. gilt das für die Privatmäkler Ausgeführte.

wenn nichts anderes verabredet worden ist, für die erfolglose Aufwendung von Mühe nichts, auch nicht einmal einen Teil seiner Gebühr zu beanspruchen, dass er also das Risiko vergeblicher Bemühungen zu tragen hat[23])[24]).

Auch wenn er seinerseits alles gethan, um seinen Auftrag zu erfüllen, das Geschäft aber aus einem anderen Grunde, vielleicht weil der Auftraggeber es nachträglich nicht mehr in seinem Interesse fand oder weil es durch Zufall unmöglich wurde, nicht zu Stande kam, so steht ihm eine Vergütung für die geleisteten Dienste doch nicht zu[25]). Andererseits erhält er seinen Lohn meistens[26]) ohne Rücksicht auf den Umfang und die Grösse seiner Dienstleistungen, ein Vorteil, der den etwaigen Nachteil bei erfolgloser Thätigkeit in vollem Masse aufwiegt[27])[28]).

Anm. 23. Seuff. A. 44.13, 49.90; Z. 15, S. 554; Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft N. F. 5, S. 128; Dernburg, Preuss. Privatrecht, § 190, Anm. 10; K. S. 236. Über die abweichende, aber unhaltbare Ansicht Straccha's p. ult. N. 12 u. 13, wonach der Mäkler für den Fall, dass das Geschäft nicht zu Stande gekommen, gleichwohl aber ein Teil seiner Arbeit gethan war, einen Teil des Lohns beanspruchen könne s. a. K. S. 240 Anm. 33.

Anm. 24. Das Nämliche gilt für amtliche Handelsmäkler und Privathandelsmäkler (vgl. z. B. Endemann, das Deutsche Handelsrecht 4. Aufl. § 190 S. 690).

Anm. 25. Vgl. K. S. 237; Zachariae qu. 27, § 1: „Muss der Auftraggeber, wenn, nachdem der Mäkler einen Käufer beigebracht hat, ihn sein Entschluss reut, das Proxeneticum zahlen? *Primo verba conventionis inspicienda sunt. Quodsi conventio sic scripta est, ut conditio obligationis simulatque proxeneta justum emptorem invenerit, exstitisse videntur, verbis conventionis standum est. Sin proxeneticum non nisi emtione venditione perfecta promissum est, (quod omnino praesumitur) venditione non perfecta nec proxeneticum debetur, si vel venditor conditionem a proxeneta oblatam sine justa causa respuerit. Quidquid enim est obstringendae obligationis id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est* (vgl. auch das in § 8 im Text zwischen Anm. 9 und 10 Gesagte).

Anm. 26. Nur wenn dem Richter keine anderen Anhaltspunkte (wie z. B. Verabredung, Gesetz, Ortsgebrauch) zur Verfügung stehen, wird er das Mass der aufgewendeten Mühe für die Berechnung der Belohnung zu Grunde legen (s. a. den Text bei Anm. 101 ff. in diesem Paragraphen).

Anm. 27. Vgl. K. S. 237; Vöt, Komm. ad Dig. 50, 14. Dort heisst es: *Non tamen proxeneticum petit* (nämlich der *proxeneta*), *si contractus ipso jure sit nullus vel manserit imperfectus, etiamsi multum molestiae sed frustra impenderit ad negotium ad finem perducendum, compensaturus scilicet operam tunc sine lucro collocatam cum emolumentis aliis majoribus levi saepe molestia laboreque quaesitis et quaerendis* (vgl. auch Schorch § 5; Riccius § 75).

Anm. 28. Durch das Riskieren von Mühe und Arbeitszeit auf der einen Seite und durch die Vergeltung mit einem besonders leicht verdienbaren Lohn auf der anderen Seite charakterisiert sich der Mäklervertrag als ein sogenanntes gewagtes Geschäft. In der aleatorischen Natur des Vermittlungsgeschäfts liegt vielleicht der Hauptunterschied von der *locatio conductio*, bei welcher der gesetzliche oder bedungene Lohn gefordert werden kann, sobald der Handelnde sachgemäss thätig war und nichts versäumt hat, den von seinem Geschäftsherrn gewollten Erfolg herbeizuführen (Busch A. 4, S. 227). In-

b) Aus dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen Lohnforderung und Abschluss des vermittelten Geschäfts erwächst andererseits die für den Vermittler günstige Folge, dass er von dem Zeitpunkt des rechtsverbindlichen Zustandekommens des fraglichen Vertrags an ein wohlerworbenes Recht auf Belohnung besitzt, das ihm durch den Willen des Auftraggebers oder durch andere, spätere, von seiner Person unabhängige Ereignisse, die zur Auflösung [29]) des geschlossenen Vertrags führen, nicht entrissen werden kann [30]) [31]). Ereignisse der genannten Art sind vor allem die Rückgängigmachung des Vertrags *mutuo dissensu contrahentium* [32]) und durch Rücktritt wegen Lieferung nicht empfangbarer Waren, wegen Verzugs oder aus sonst einem Grunde, ferner die Auflösung des Vertrags wegen Anfechtung im Rechtsweg [33]). In allen diesen

teressant dürfte es sein, dass schon Zachariä in seinem liber quaestionum in der 27. quaestio (§ 2) sagt: *Conventionem enim nostram* d. h. das Vermittlungsgeschäft *cum emtione venditione spei haud inepte compares.*

Anm. 29. Ist an der Auflösung des vermittelten Vertrags der Unterhändler selbst schuld, z. B. weil er die in seiner Macht stehenden nötigen Schritte bei Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäfts in unverantwortlicher Weise vernachlässigt hat, so verliert er möglicherweise seine Belohnung, indem gegen ihn eine Einrede z. B. des nicht oder nicht rite erfüllten Vertrags (Vermittlungsvertrags) geltend gemacht werden kann. Wird die Erfüllung des Vertrags nach Abschluss desselben durch Zufall verwirkt, so hat diesen Zufall gewöhnlich der Auftraggeber zu tragen und wird er von der Lohnzahlung nicht befreit.

Anm. 30. Vgl. Busch A. 31, S. 364; Seuff. A. 14.27; 40.16; Z. 8, S. 573; K. S. 241; Motive zum Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für d. D. R. II, S. 514; Dernburg, Preuss. Privatrecht § 190 S. 557; Dresdener Entwurf Art. 737: „Ist infolge der Vermittlung des Mäklers ein Vertrag geschlossen worden, so wird dessen Recht auf die Mäklergebühr nicht aufgehoben, wenn der Vertrag später wieder aufgelöst wird". Ganz ähnlich § 1257 des Sächs. Bürgerl. Gesetzbuchs.

Anm. 31. Das Gesagte gilt auch für amtliche und nicht amtliche Handelsmäkler (vgl. Puchelt, Kommentar zu Art. 82 des H.G.B.).

Anm. 32. Vgl. Neubauer S. 24; Seuff. A. 40.16; R.G.E. 25, S. 230.

Anm. 33. Die blosse rechtliche Möglichkeit, den Vertrag anzufechten, genügt selbstverständlicher Weise niemals zur Verweigerung des Mäklerlohns, aber auch wenn die Anfechtung z. B. wegen Drohung, Betrugs u. s. w. erfolgt ist, kann dem Vermittler der Lohn nicht mehr genommen werden, denn das Geschäft ist an sich giltig und wird durch Anfechtung nicht *ex tunc*, sondern *ex nunc* aufgehoben. Die entgegengesetzte Ansicht der Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für d. D. R. II auf S. 513 (unten) hängt mit § 112 des Entwurfs zusammen, wonach ein anfechtbares Rechtsgeschäft im Falle der Anfechtung in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so betrachtet wird, als ob es gar nicht vorgenommen wäre; also durch die Anfechtung *ex tunc* ungiltig gemacht wird. Diese Anfechtbarkeit des § 112 des Entwurfs ist gar keine eigentliche Anfechtbarkeit, sondern vielmehr eine Art von Nichtigkeit und lässt sich als schwebende oder bedingte Nichtigkeit bezeichnen. Es ist der Fall, wenn

Fällen ist das Geschäft zum Abschluss gelangt gewesen. Anders liegt die Sache, wenn der vermittelte Geschäftsabschluss einen nichtigen, niemals rechtswirksam gewordenen Vertrag enthält. Hier kommt es darauf an, ob die Nichtigkeit eine absolute oder eine sogenannte heilbare oder relative ist, im ersteren Fall hat der Mäkler keinen Gebührenanspruch [34]), im letzteren Fall dagegen muss ihm eine Vergütung zuerkannt werden, sobald die Nichtigkeit durch eine in giltiger Weise abgegebene Erklärung derjenigen Partei, von deren Willen das Geltenlassen oder Nichtgeltenlassen des Geschäfts abhängt, gehoben ist [35]).

c) Von dem Grundprinzip, dass der Mäklerlohn nur im Fall des Zustandekommens des vermittelten Geschäfts verdient wird, giebt es eine Anzahl von Ausnahmen.

α) Vor allem steht den Parteien bei Eingehung des Mäklervertrags nichts im Wege, beliebige abweichende Vereinbarungen, insbesondere über den Mäklerlohn zu treffen [36]), so z. B. des Inhalts, dass der Vermittler unter allen Umständen, auch wenn das beabsichtigte Geschäft nicht zum Abschluss gelangen sollte [37]), oder zu einer Zeit, wo das Zustandekommen noch zweifelhaft ist [38]), oder schon beim Zustandebringen eines blossen Vorvertrags eine Belohnung zu beanspruchen habe [39]). Derartige Verabredungen sind durchaus zulässig, nur liegt, sobald nicht mehr auf den Erfolg der Thätigkeit des Vermittlers, sondern auf die Einzeldienstleistungen

---

ein Geschäft an sich giltig ist, die beteiligten Parteien aber das Recht haben, es durch Anfechtung als nichtig anzugreifen, so dass es behandelt wird, als ob es nie giltig gewesen wäre, d. h. mit Wirkung *ex tunc*. Handelt es sich um einen derartigen Fall von Nichtigkeit, so muss der Anspruch des Mäklers auf Gebühr allerdings in Wegfall kommen, bzw. ein Anspruch auf Herausgabe des schon Bezahlten gegen ihn als begründet anerkannt werden, denn das Geschäft wird ja als gar nicht vorgenommen angesehen. Die gewöhnliche Anfechtung eines Rechtsgeschäfts hat aber diese Wirkung nicht.

Anm. 34. Der etwa schon bezahlte Lohn kann zurückgefordert werden, desgleichen steht dem Geschäftsherrn gegen die Geltendmachung einer Lohnforderung durch den Unterhändler die Einrede der Nichtigkeit bzw. des Nichtzustandegekommenseins des zur Vermittlung übertragenen Vertrags zu. (Busch A. 13, S. 421; Motive II, S. 513; vgl. auch die Stelle aus Voet in Anm. 27 dieses Paragraphen).

Anm. 35. Dem absolut nichtigen, von Anfang an ungiltigen Vertrag gleichzustellen ist der unsittliche und unerlaubte Vertrag. Näheres über denselben siehe später bei Anm. 79 ff. in diesem Paragraphen.

Anm. 36. Dies gilt in gleicher Weise für amtliche Handelsmäkler und Privathandelsmäkler; vgl. Keyssner zu Art. 82, Puchelt zu Art. 82 H.G.B.

Anm. 37. Insbesondere z. B. für blosse Zuführung eines Kaufliebhabers, Darlehensgebers u. s. w. oder für blossen Nachweis eines zur Vermittlung geeigneten Gegenstands.

Anm. 38. In diesem Fall hat der Auftraggeber, wenn nachträglich das Geschäft nicht zu Stande kommt, ein Rückforderungsrecht gegenüber seinem Vermittler (K. § 3, S. 240).

Anm. 39. Seuff. A. 10.43; Busch A. 13, S. 424; Z. 22, S. 261.

desselben entscheidender Wert gelegt wird, kein wahrer Mäklervertrag, sondern eine *locatio conductio operarum* (möglicher Weise *locatio conductio operis*) vor; dies kommt auch bei der Berechnung der Gebühr zum Ausdruck[40]). Will der Mäkler in einem solchen Fall sein Honorar einklagen, so muss er, da er als Mäkler grundsätzlich erst nach Abschluss des Vermittlungsgeschäfts einen Gebührenanspruch besitzt, nachweisen, dass ihm ausdrücklich auch für den Fall des Nichtzustandekommens des Geschäfts ein Lohn zugesichert worden war[41]).

β) Eine Ausnahme von jenem Grundprinzip des Mäklervertrags kann auch in dessen bonaefidei-Natur liegen, die an der Voraussetzung vom Zustandegekommensein des vermittelten Geschäfts nicht mit ungerechter Härte festhält. So kann der Anspruch auf Belohnung[42]) ausnahmsweise, selbst wenn keine abweichende diesbezügliche Verabredung getroffen war, auch ohne Zustandegekommensein des zu vermittelnden Geschäfts begründet sein, wenn der Auftraggeber doloser Weise den Geschäftsabschluss verhindert[43]), indem er z. B., was schon früher erwähnt wurde, das Eintreten der dem zu vermittelnden Geschäft beigefügten Bedingung absichtlich unmöglich macht, oder an Stelle der früheren Bedingungen schwierigere oder gänzlich unerfüllbare setzt, oder indem er in unverkennbar doloser Absicht ohne Angabe eines Grundes bzw. ohne genügenden Grund die endgiltige Vollziehung des vom Vermittler vollständig vorbereiteten Geschäfts verweigert, oder indem er unter arglistiger Umgehung des Mäklers das Geschäft selbstthätig abschliesst[44]). Ein arglistiges Verhalten wird den Auftraggebern von Seiten der Vermittler sogar sehr häufig vorgeworfen, allerdings meistens ohne Grund. Der Richter hat deshalb bei derartigen Vorwürfen

---

Anm. 40. Vgl. K. S. 240: „Vor dem Zustandekommen des Hauptgeschäfts gemachte Zahlungen an den Mäkler charakterisieren sich meist als Honorar für einzelne Dienstleistungen, die man den Mäkler mit Rücksicht auf seine Geschäftsgewandtheit vornehmen liess. Waltet der Gesichtspunkt der einzelnen Dienstleistungen vor, so ist ein Mäklervertrag im eigentlichen Sinn nicht vorhanden, und die Thätigkeit des Mäklers beruht nicht sowohl auf selbständiger Arbeitsunternehmung als auf Verdingung der Arbeitskraft."

Anm. 41. Seuff. A. 30.141; Blätter für Rechtsanwendung 42, S. 309.

Anm. 42. Es ist wohl zu beachten, dass der Mäkler in den gedachten Fällen einen Anspruch auf Belohnung, nicht nur auf Schadensersatz hat (vgl. den Text bei Anm. 141 in diesem Paragraphen).

Anm. 43. Dies gilt auch für amtliche Handelsmäkler und Privathandelsmäkler (vgl. z. B. v. Hahn zu Art. 82, S. 51; Puchelt, Komm. zu Art. 82; Endemann: das Deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., § 190, S. 690.)

Anm. 44. Seuff. A. 37.307; 39.102; Blätter für Rechtsanwendung 44, S. 207; K. S. 238 f.; Neubauer S. 23 f.; R. R. II, S. 99; Motive zu § 580 II, S. 513; Findekeller pars II, cap. 6, sectio 2. Dort heisst es: *si partes intenderunt, ut proxenetam proxenetico defraudent, omnino pro labore moderatum et a judice ad proportionem laboris et negotii secundum l. 3. verb. ult. h. t. adaequatum debetur.*

vorsichtig zu sein und unter Berücksichtigung sämtlicher Nebenumstände die Sachlage genau zu untersuchen, ehe er den Mäklerangaben Glauben schenkt. Die Beurteilung der thatsächlichen Verhältnisse in derartigen Prozessen ist stets äusserst schwierig. Ein doloses Vorgehen ist beispielsweise im blossen Rücktritt vom Vertrag seitens des Geschäftsherrn nicht zu finden, denn hiezu ist er, wie auch der Vermittler, jeder Zeit berechtigt[45]), dagegen ist ein arglistiges Verhalten des Auftraggebers regelmässig dann anzunehmen, wenn er, nachdem ihm der Vermittler eine geeignete Person zugeführt oder einen passenden Gegenstand benannt hat, unwahrer Weise erklärt, die Propositionen des Mäklers seien ihm schon vorher bekannt gewesen oder sie seien ihm inzwischen gleichzeitig von anderer Seite mitgeteilt worden, oder die gemachten Vorschläge passen ihm nicht, daraufhin die Verbindung mit dem Mäkler abbricht und kurze Zeit nachher trotzdem mit der nachgewiesenen Person oder über den vorgeschlagenen Gegenstand einen Vertrag abschliesst und zwar in der unverkennbaren Absicht, dem Mäkler seinen Lohn zu entziehen.

Anders liegt die Sache wieder, wenn der Unterhändler nach erhaltenem Auftrag eine Person z. B. einen Kaufliebhaber benennt, der Kaufliebhaber jedoch vom Kauf nichts wissen will, der beabsichtigte Vertrag deshalb nicht zu Stande kommt, nach einigen Jahren aber jener Kaufliebhaber aus eigenem Antrieb das früher zurückgewiesene Kaufgeschäft mit dem Auftraggeber abschliesst; in diesem Fall ist für den Unterhändler eine Lohnforderung nicht begründet. Ist allerdings der Zeitraum zwischen der Abweisung des angebotenen Geschäfts durch den Kaufliebhaber und dem nachträglichen Abschluss desselben ein verhältnismässig kurzer und liesse sich zudem nachweisen, dass die Zurückweisung des mäklerischen Angebots durch den Kaufliebhaber im Einverständnis mit dem Auftraggeber und in der Absicht den Mäkler um seine Belohnung zu bringen, geschah, so wäre hierin ein doloses Vergehen des Geschäftsherrn zu finden und dem Mäkler die Belohnung zu gewähren. Den Nachweis der Arglist auf Seiten des Geschäftsherrn hat der Unterhändler zu erbringen.

Die Eigenartigkeit des bisher besprochenen Grundsatzes vom Zustande-

---

Anm. 45. In Gruchots Beiträgen Bd. 28, S. 837 ist dies mit folgenden Worten sehr gut näher ausgeführt: „Arglistiges Verhalten ist bei blossem Rücktritt vom Vertrage noch nicht zu finden, da hierin noch kein Vertragsbruch liegt. Wer einen Mäkler zuzieht, legt hierdurch das beabsichtigte Rechtsgeschäft keineswegs ausschliesslich in die Hände des Mäklers. Wie er den Abschluss oder Nichtabschluss des Geschäfts seiner eigenen Entschliessung vorbehält und dasselbe jeder Zeit aufgeben kann, so verzichtet er auch nicht darauf, das Geschäft durch eigene Thätigkeit unmittelbar zu Stande zu bringen oder gleichzeitig einem anderen Mäkler denselben Auftrag zu erteilen. Er bleibt Herr des Geschäfts und befugt, den dem Mäkler erteilten Vermittlungsauftrag zurückzunehmen;“ (vgl. a. Rocholl R. R. II, S. 99, Neubauer S. 22 ff. und die dortigen Entscheidungen).

gekommensein des vermittelten Vertrags als der Hauptvoraussetzung für den Anspruch des Mäklers auf Belohnung, lässt es wohl als gerechtfertigt erscheinen, auf dessen rechtliche Bedeutung noch einen kurzen Blick zu werfen. Der Charakter eines gewagten Geschäfts, der dem Vermittlungsauftrag infolge jenes Grundsatzes zu eigen ist, wurde schon an anderer Stelle hervorgehoben. Mit dem Wesen des Aleatorischen ist notwendig die Eigenschaft des Bedingten verknüpft. Was von zukünftigen Ereignissen abhängig erscheint, ist zugleich einer Bedingung unterworfen. So verhält es sich auch mit der Voraussetzung des Zustandekommens des vermittelten Vertrags, sie ist eine wirkliche Bedingung für die Anwartschaft auf Mäklergebühr. Da aber die Auszahlung bzw. der Empfang der Vermittlungsgebühr das Essentielle des Mäklervertrags bildet, so ist die besagte Voraussetzung nicht nur wahre Bedingung für den Lohnanspruch, sondern auch für den Mäklervertrag selbst.

Diese letzte Schlussfolgerung scheint zu natürlich, um eine besondere Hervorhebung zu verdienen. Ihr liegt folgender Gedankengang zu Grunde.

Während bei den *pure* abgeschlossenen Consensual- und Realverträgen des täglichen Lebens z. B. Kauf, Miete, Darlehen, Depositum mit der Perfektion des Vertrags d. h. mit der gegenseitigen Willensübereinstimmung oder mit der Hingabe und Empfangnahme regelmässig zugleich die Klagbarkeit eintritt, so liegt beim Mäklervertrag zwischen Perfektion und Klagbarkeit ein grösserer oder kleinerer, immer ein gewisser zeitlicher Zwischenraum. Durch diese zeitliche Trennung der beiden rechtserheblichen Thatsachen entsteht unwillkürlich die Vorstellung als ob die Klagbarkeit des Lohnanspruchs auf einem besonderen, vom eigentlichen Mäklervertrag verschiedenen Kontrakt beruhen müsste, eine Vorstellung, die freilich unrichtig ist, die aber, weil sie sich Jedem unwillkürlich aufdrängt[46]), jene überflüssig scheinende Schlussfolgerung einigermassen rechtfertigen dürfte. Bei allen bedingt abgeschlossenen Consensual- und Realkontrakten kommt dagegen der erwähnte zeitliche Zwischenraum zwischen der Perfektion und der Klagbarkeit des Vertrags zum Vorschein; logischer Weise muss, wenn dieselbe Erscheinung bei jedem Mäklervertrag sich zeigt, auch jeder[47]) Mäklervertrag unter

---

Anm. 46. Als Beweis hierfür mag der Umstand dienen, dass man sogar versucht hat, dieser Vorstellung eine juristische Gestalt zu geben, indem man beim Vermittlungsgeschäft zwei Verträge annahm, nämlich einmal den Hauptvertrag, der die Einigung der Parteien über den vom Geschäftsherrn gewollten Erfolg und die vom Vermittler verlangte Gebühr enthält, und weiterhin einen Nebenvertrag, der die vertrags- oder usancemässige Vergütung von anderen Punkten, insbesondere vom Zustandekommen des beabsichtigten Geschäfts abhängig macht.

Anm. 47. Jeder Mäklervertrag, insofern als ein Vermittlungsgeschäft, bei dem der Auftraggeber dem Vermittler die Belohnung auch im Falle des Nichtzustande-

einer Bedingung eingegangen sein; mit dem einzigen Unterschied, dass die Bedingung bei anderen Consensualkontrakten ausdrücklich ausgesprochen werden muss, beim Vermittlungsgeschäft aber als stillschweigend beigefügt[48]) gilt. Der Charakter dieser Bedingung (vom Zustandekommen des vermittelten Vertrags) ist der einer Suspensivbedingung. Mit dem Eintritt der Bedingung ist der Mäklerlohn verdient, mit dem Ausfall derselben der Anspruch auf denselben verloren. Am schärfsten ist der bedingte Charakter des Mäklergeschäfts zum Ausdruck gebracht worden von der Kommission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechts[49]), von der bei der Beratung bemerkt wurde, der Mäklervertrag sei, wo er als selbständiger Vertrag auftrete, unter den Begriff eines bedingten Zahlungsversprechens zu stellen und zwar sei eine Potestativbedingung auf beiden Seiten anzunehmen; deshalb bestehe auch weder eine Nachweisungs- bzw. Vermittlungspflicht auf Seiten des Mäklers, noch für den Auftraggeber eine Verpflichtung, auf Grund der vom Mäkler erfolgten Anweisung oder angebahnten Vermittlung ein Geschäft wirklich abzuschliessen. Diese Auffassung liegt dem Art. 733 des Dresdener Entwurfs zu Grunde. Gemeinrechtliche Geltung wird man jener Lehre nicht zusprechen können, obgleich in der Praxis die meisten Zivilmäklerverträge unter jener Form vorkommen.

2. Im Vorhergehenden ist schon mehrmals angedeutet worden, dass das Zustandekommen des vermittelten Geschäfts nicht die einzige Voraussetzuug für den Anspruch auf Mäklergebühr bildet, sondern dass das Zustandekommen mit der vorhergehenden Thätigkeit des Vermittlers auch in einem ursächlichen Zusammenhang stehen muss.

Im Kausalzusammenhang zwischen der Arbeit des Mäklers und dem Geschäftsabschluss liegt die zweite notwendige Voraussetzung für die Lohnforderung[50]) [51]) [52]).

---

kommens zusichert, kein eigentlicher Mäklervertrag, sondern eine *locatio conductio operarum* ist.

Anm. 48. Vgl. K. S. 236, R. R. II, S. 85 f.

Anm. 49. Vgl. die Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines A. D. O.R. 222—259. Sitzung. Dresden 1865, S. 3718 ff.

Anm. 50. Vgl. über den Kausalzusammenhang überhaupt: Neubaner S. 13, wo einzelne Fälle aufgezählt sind; R. R. II. S. 87 f.; v. Holzschuher II, Kap. 15, S. 802; Puchelt, Komm. zu Art. 82, H.G.B.; Deutsche Gerichtszeitung (von Hiersemenzel herausgegeben) II, S. 223; Z. 15, S. 555; Busch A. 32, S. 258; R.G. E. 6, S. 187; 6. S. 188; Seuff. A. 26.240; 30.21; 34.115; 37.306; Bolze 1. N. 972; 3. N. 638; 6. N. 490 und 494; 9 N. 324 und 326; 14. N. 362 und 363; 15. N 306; 17. N. 377; Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für d. D. R. (I. Lesung) § 580 und insbesondere (II. Lesung) § 587, wo die Notwendigkeit des Kausalzusammenhangs für die Entrichtung der Mäklergebühr noch prägnanter zum Ausdruck gebracht ist; Motive II, S. 512.

Anm. 51. Auch der Kausalzusammenhang hat den Charakter einer selbstverständlichen Bedingung, die von den Parteien bei dem Abschluss des Vermittlungsgeschäfts stillschweigend als inhärierender Bestandteil des Mäklervertrags vorausgesetzt wird.

Anm. 52. Der Kausalzusammenhang bildet eine Voraussetzung auch für die Gebühr der amtlichen Handelsmäkler und der Privathandelsmäkler. (S. Puchelt, Komm. zu Art. 82).

Es kann hiernach weder genügen, dass der Unterhändler irgendwie dem Auftrage seines Geschäftsherrn entsprechend, ohne dass nachher ein Vertrag zu Stande kommt, thätig ist, noch dass einige Zeit nach erhaltenem Auftrag der Geschäftsherr mit einer dritten Person einen mit dem erteilten Auftrag übereinstimmenden Vertrag abschliesst, noch endlich dass der Vermittler dem Auftrag seines Geschäftsherrn gemäss eine Person oder Sache ausfindig macht und der Geschäftsherr später mit dieser Person oder über diese Sache ein Geschäft eingeht[53]). Es muss vielmehr für das Begründetsein der Lohnforderung feststehen, dass die betreffende Person oder Sache dem Auftraggeber durch den Vermittler bekannt wurde, sei es dass der Unterhändler ihm dieselben persönlich bezeichnete oder dass die aufgefundene Person sich ihm als durch den Vermittler empfohlen zu erkennen gab[54]), allgemein ausgedrückt, dass die Thätigkeit des Mäklers den Anlass und die Ursache zum Vertragsschluss für den Auftraggeber bildete. Ob nachher der Unterhändler beim Abschluss selbst thätig war, ist, wie früher erwähnt, gleichgiltig[55]). Der Anspruch des Mäklers kann nicht deshalb cessieren, weil der Geschäftsherr vorzog, das von demselben angebahnte und infolge seiner Bemühungen zu Stande gekommene Geschäft ohne seine Beihilfe zu Ende zu führen. Die Verweigerung des Honorars in einem solchen Falle wäre dolos. Direkter ursächlicher Zusammenhang ist übrigens nicht erforderlich, es genügt, dass der Mäkler irgend welche Handlungen vorgenommen hat, die zur Vorbereitung des nachträglich — mit oder ohne seine Beiziehung — von seinem Auftraggeber abgeschlossenen Geschäfts in Hinsicht auf das Objekt, die Personen oder die Modalitäten des Vertrags nicht unwesentlich beigetragen oder

---

Anm. 53. Dass eine vom Vermittler erst nach erfolgtem Vertragsabschluss vorgenommene Thätigkeit keinen Anspruch auf Mäklergebühr begründen kann, versteht sich von selbst, sie kann unter Umständen ein anderes Rechtsgeschäft bedeuten und insofern eine Belohnung im Gefolge haben.

Anm. 54. Die Kontrahenten dürfen vor der Zuweisung durch den Mäkler noch nicht sich selbständig in Verbindung gesetzt haben, sie müssen sich im fraglichen Zeitpunkt noch als fremd in Beziehung auf den beabsichtigten Vertragsschluss gegenüber stehen, denn sobald bereits direkte Verhandlungen angeknüpft sind, kann von wirksamer Anbahnung eines Verkehrs durch den Mäkler keine Rede mehr sein, es fehlt an dem erforderlichen Kausalzusammenhang. So Württemb. Gerichtsblatt Bd. 18, S. 359 ff., ähnlich R.G. E. 6, S. 52, S. 188; K. S. 231, § 2; Seuff. A. 49, N. 90. Das bei Anm. 60 in diesem Paragraphen Gesagte steht dem Ausgeführten nicht entgegen.

Anm. 55. Neubauer S. 13; K. S. 234, § 2, Anm. 24; Dernburg, Preuss. Privatrecht II, § 190, S. 557; Z. 14, S. 555; Seuff. A. 14.28; Art. 336 des Entwurfs eines schweizerischen Obligationenrechts von 1876 bestimmt: „Haben die kontrahierenden Parteien auf Grundlage der vom Mäkler eingeleiteten Unterhandlung ohne weitere Zuziehung des Mäklers direkt abgeschlossen, so hat er das Honorar ganz so zu fordern, als wenn er auch beim definitiven Abschluss vermittelnd eingewirkt hätte."

die auf die Motive des Mitkontrahenten und dessen Entschliessung zum Vertragsabschluss entscheidenden Einfluss gehabt haben[56] [57]).

Im Einzelnen sind es freilich meist thatsächliche Momente, von denen die Entscheidung darüber abhängt, ob ein ursächlicher Zusammenhang besteht oder nicht; es lässt sich deshalb auch z. B. die häufig aufgeworfene Frage[58]), ob blosse Zuweisung oder Nachweisung einer Person für den Lohnanspruch hinreichend sein soll, unmöglich im allgemeinen beantworten. Unter normalen Verhältnissen wird die Namhaftmachung eines Gegenstandes oder die Zuführung einer Person, über den oder mit der nachher der Auftraggeber abschliesst, den erforderlichen Kausalnexus begründen, liegt aber beispielsweise zwischen Zuweisung und Abschluss ein langer Zeitabschnitt, vielleicht von mehreren Jahren, und haben sich, was meistens der Fall sein dürfte, die einschlägigen Verhältnisse in der Zwischenzeit geändert, so wird möglicher Weise der früher nachweisbare ursächliche Zusammenhang nicht mehr vorhanden sein[59]). Andererseits besteht ein Kausalnexus zwischen der Thätigkeit des Vermittlers und dem vollzogenen Geschäft auch dann, wenn die Thätigkeit des Unterhändlers sich darauf beschränkt, mit einer von ihm von seinem Auftraggeber bezeichneten Person einen Vertragsabschluss zu vermitteln, da diese Thätigkeit keineswegs eine minder schwierige und mühsame ist, als das Aufsuchen und Zuführen eines Reflektanten[60]).

Anm. 56. Der Nachweis darüber, dass das betreffende Geschäft infolge der Thätigkeit des Vermittlers zum Vollzug gebracht wurde, ist Sache des letzteren.

Anm. 57. Vgl. auch K. S. 233.

Anm. 58. Vgl. z. B. K. S. 232 ff. und die dort aufgezählte Litteratur, auch Anm. 10 ff. in § 7 dieser Arbeit. Nach Kurhessischem Recht genügt das Zuführen einer geeigneten Person, vorausgesezt, dass das Geschäft nachträglich zu Stande kommt, zur Geltendmachung einer Mäklerprovision; bei jüdischen Darlehensmäklern genügt jedoch in der Provinz Oberhessen blosse Notifikation nicht. (Über diese Singularität vgl. Archiv für praktische Rechtswissenschaft **N. F. I**, S. 337 ff.)

Anm. 59. Ähnlich Rocholl in R. R. II. S. 88: „Die Länge der Zeit zwischen der Vermittlungsthätigkeit des Mäklers und dem selbstthätigen Abschluss durch den Kommittenten kann unter Umständen zur Verneinung des Kausalnexus führen, wenn diese Thätigkeit als nicht mehr von Einfluss für den Abschluss angesehen werden kann.“ Eine Beendigung des Mäklergeschäfts oder ein Erlöschen des Mäklerauftrags durch Zeitablauf darf übrigens unter keinen Umständen angenommen werden. Besonders wichtig ist dies bei Mäklergeschäften, bei denen eine Gebühr auch für den Fall vereinbart ist, dass das zu vermittelnde Geschäft nicht zu Stande komme. Mit der Verjährung ist das Letztgesagte nicht zu verwechseln. (S. Neubauer S. 29.; Z. 14, S. 555).

Anm. 60. Dadurch, dass der Auftraggeber dem Mäkler die Person selbst bezeichnet, mit der er kontrahieren will, giebt er zu erkennen, dass er auf die Zuführung eines Kontrahenten verzichtet und es ihm nur um die Vermittlung zu thun ist. Für gewöhnlich erstreckt sich die Mäklerthätigkeit auch auf die Zuweisung einer geeigneten Person. (Vgl. auch Seuff. A. 44.249).

Die dolose Unterbrechung des Kausalzusammenhangs seitens des Geschäftsherrn durch Beiseiteschieben des Vermittlers und selbstthätigen Vertragsabschluss ist weiter oben[61]) schon zur Sprache gekommen.

3. Eine dritte, freilich weder für den amtlichen Handelsmäkler noch für den Privathandelsmäkler noch für den gewerbsmässigen Vermittler, sondern nur für den nicht gewerbsmässigen Unterhändler zur Geltendmachung des Lohnanspruchs erforderliche Voraussetzung, bildet das vom Auftraggeber erteilte Versprechen einer Vergütung.

Dass für den amtlichen Handelsmäkler ein Lohnversprechen nicht notwendig ist, ergiebt sich unmittelbar aus Art. 82 des H.G.B., wo demselben eine Mäklergebühr zugeschrieben wird, sobald das Geschäft abgeschlossen bzw. unbedingt geworden ist, ohne dass von dem Erfordernis eines vorangegangenen diesbezüglichen Versprechens die Rede wäre.

Für den Privathandelsmäkler des Art. 272 Ziff. 4 des H.G.B. folgt das Nämliche daraus, dass er Kaufmann im Sinne des Art. 4 des H.G.B. ist und dass deshalb Art. 290 Abs. 1 dieses Gesetzbuchs auf ihn Anwendung findet.

Bei den gewerbemässigen Vermittlern ist es ein in Doctrin und Praxis allgemein anerkanntes, auf dem römischen Recht fussendes Gewohnheitsrecht, das, sofern nicht ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen[62]), die Lohnforderung auch ohne vorausgegangenes Lohnversprechen bestehen lässt. Dieses Gewohnheitsrecht hat sich zwar nicht an den Mäklern ausgebildet, sondern an denjenigen Personen, die aus gewissen Dienstleistungen, für welche eine Belohnung üblich ist, ein Gewerbe machen,[63]) und gilt deshalb in erster Linie für diese; seitdem aber heutzutage die gewerbsmässigen Vermittler gleichfalls jener Klasse von Dienstleistenden angehören, findet jener Rechtsgrundsatz auch auf sie Anwendung[64]). Das besagte Gewohnheitsrecht er-

---

Anm. 61. S. Anm. 43 ff. in diesem Paragraphen.

Anm. 62. Vgl. z. B. Sächs. Bürgerl. Gesetzbuch S. 1254; § 733 des allerdings nicht zum Gesetz gewordenen Dresdener Entwurfs, § 6 der Kurhessischen Verordnung vom 20. August 1800 wegen Verhütung und Bestrafung des Wuchers bestimmt, dass, wenn keine besondere vorherige Übereinkunft zwischen den Parteien über den Mäklerlohn getroffen worden ist, dieselbe nicht eingeklagt werden kann (s. a. Strippelmann Teil 7, S. 176 ff. und Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. I, S. 337 ff.).

Anm. 63. Im römischen Recht hatten diese Leute, falls ihnen nicht die *actio ex locato conducto* oder eine andere eigentliche *actio* zustand, eine *extraordinaria petitio* zur Verfügung, die sie sich beim Prätor erbitten konnten (vgl. § 10 dieser Arbeit bei Anm. 43 ff.).

Anm. 64. Vgl. über jenes Gewohnheitsrecht Seuff. Pandekten § 334; Arndts

scheint übrigens als durchaus berechtigt, da bei Leuten, welche mit Dienstleistungen ihren Lebensunterhalt verdienen, für die eine Honorierung hergebracht ist, eine Liberalität gegenüber dem Empfänger ihrer Dienste nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, vielmehr im Zweifelsfall anzunehmen ist, dass sie, wenn nichts über eine Bezahlung zwischen den Parteien besprochen wurde, ihre Arbeit nur gegen entsprechende angemessene Vergütung verrichten[65]). Ob sie ihre Dienste angeboten haben oder darum angegangen worden sind, begründet keinen Unterschied. Man wird in solchen Fällen ein stillschweigendes Übereinkommen zwischen Auftraggeber und Vermittler zu präsumieren haben, dahin gehend, dass dem Mäkler für den Fall des Erfolges seiner Bemühungen eine angemessene Bezahlung zu teil werde. Selbst wenn bei den Parteien Zweifel darüber bestanden, ob der Vermittler als gewerbsmässiger Vermittler zu gelten habe[66]), sei es beim Vermittler selbst, oder beim Auftraggeber oder bei beiden, so wird trotzdem regelmässig ein stillschweigender Vertrag dann als geschlossen präsumiert werden können, wenn der Unterhändler anzunehmen Ursache hatte, dass der Auftraggeber sich die bei ihm bestellten Dienste in der Absicht leisten liess, einen angemessenen Lohn dafür zu bezahlen und letzterer nicht seinen entgegengesetzten Willen in unzweideutiger Weise zu erkennen gab[67]) [68]). Natürlich kommt es auch hier sehr viel auf die Verhältnisse des Einzelfalls an.

§ 314, Anm. S. 507; Göschen § 652, S. 691; Schweppe § 613, S. 547; Puchta S. 459; Unterholzner § 521, S. 373; v. Wening-Jngenheim II, § 227; Sintenis S. 693 ff.; Curtius §. 1616, L. S. 28, Anm. 78; R. R. II, § 78 ff.; K. S. 228, Anm. 7 (s. auch dort die reiche Litteratur über diese Frage); Weiske's Rechtslexikon XI, S. 614; Z. 14, S. 556; Seuff. A. 39.208; Busch A. 4, S. 223; Koch, Recht der Forderungen § 230, S. 134; Boehmer Consult. Tom. I, Pars II, dec. 346, N. 7, pag. 606; Bodinus cap. 4, th. 3; Schorch § 5 a. E.; Straccha p. ult. partic. 1 u. 2; Blätter für Rechtsanwendung 52, S. 405; Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess 7, S. 1 ff.; Entscheidungen des Bayrischen obersten Landesgerichts 6, S. 498, 1, S. 201.

Anm. 65. Vgl. auch K. S. 228, Anm. 8.

Anm. 66. Dass Zweifel darüber, ob Jemand die Vermittlung gewerbemässig betreibt oder nicht, leicht entstehen können, ergiebt sich schon aus der früher in § 5, Anm. 9 gegebenen Definition der Gewerbemässigkeit.

Anm. 67. An sich gehört bekanntlich auch zu einem stillschweigenden Vertrag (vgl. l. 1, § 2, Dig. 2, 14; l. 22 pr. Dig. 19, 5; l. 3, § 7, Dig. 12. 4) eine Übereinstimmung der beiderseitigen Absichten.

Anm. 68. Vgl. in dieser Beziehung insbesondere den in zweiter Lesung neu hinzugekommenen § 588 des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das D. R. Er bestimmt in Absatz 1: Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war."

Anders als bei den bisher erörteten Mäklern liegt die Sache bei den zweifellos nicht gewerbemässigen, den sogenannten Gelegenheitsvermittlern, die übrigens im Vergleich zu den anderen Mäklern eine seltene Erscheinung bilden[69]). Sie können eine Vergütung erst dann beanspruchen, wenn sie nachzuweisen im Stande sind, dass ihnen eine solche vom Auftraggeber zugesichert worden ist[70]) [71]). Fehlt es an diesem Versprechen oder am Beweis desselben, so steht ihnen nach erfolgtem Geschäftsschluss höchstens eine *condictio*, eine Voraussetzung des Gebens ohne Grund, gegen ihren Auftraggeber zur Verfügung, zu deren Durchführung vor Gericht sie sich hauptsächlich darauf zu stützen haben, dass das abgeschlossene Geschäft *obligandi* und nicht *donandi animo* eingegangen worden sei.

4. Neben den drei positiven Voraussetzungen für den Anspruch auf Mäklerlohn sind noch zwei negative anzuführen, von denen die eine nur partikularrechtliche, die andere gemeinrechtliche Giltigkeit besitzt. Sie sind beide allgemeiner Natur und bilden nicht, wie das Zustandegekommensein des Geschäfts, den Kausalzusammenhang und das vorausgegangene Lohnversprechen Specifica des Mäklervertrags.

Das gemeine Recht fordert als weitere Voraussetzung, dass das zu vermittelnde Geschäft kein unerlaubtes oder unsittliches sei[72]), partikularrechtlich kann[73]) die Lohnforderung ausgeschlossen sein beim Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen Konzession zum Betrieb des Mäklergewerbes[74]).

Anm. 69. Vgl. Anm. 9 a. E. in § 5 dieser Arbeit.

Anm. 70. Vgl. R. R. II, S. 80, Absatz 3 u. S. 81.

Anm. 71. Wenn § 588 des Entwurfs (II. Lesung) zum Gesetz wird, so ist dieser Nachweis für die nicht gewerbemässigen Mäkler im hier verstandenen Sinne nicht mehr erforderlich. Für den Richter tritt eine Vereinfachung hierdurch nicht ein, denn die Entscheidung der Frage, ob „den Umständen nach" eine Vergütung zu erwarten war, ist keine leichte und noch viel weniger eine erfreuliche.

Anm. 72. Brunnemann § 3; Leyser spec. 681, § 11—15, Riccius § 1, desgl. § 51u. § 52; Titius § 4; Straccha P. I, cr. 2 in fine, cr. 3, cr. 5; p. II cr. 19 ff., p. ult. particula 2, N. 6; Schorch § 4; Findekeller p. 2, cap. 6, sectio 2 und die l. 3, Dig. 50, 14 selbst.

Anm. 73. Vgl. den Schluss der Ausführungen über die Voraussetzung der Konzessionserteilung bei Anm. 77.

Anm. 74. So z. B. in Preussen in § 51 der Allg. Preuss. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, welche bestimmte, dass Mäklergeschäfte nur von solchen Personen betrieben werden dürfen, die als Mäkler von den dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörden oder Korporationen angestellt oder konzessioniert waren; durch die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes vom 21. Juni 1869 und die hieraus entstandene jetzige R.Gew.O. sind diese Beschränkungen allerdings wieder aufgehoben worden.

Auf amtliche Handelsmäkler findet ein derartiges Konzessionserfordernis keine Anwendung. Die ihnen im Art. 66 des H.G.B. auferlegte eidliche Verpflichtung ersetzt, schon weil sie ein viel schärferes Kontrollmittel bedeutet, jede polizeiliche oder gewerbliche Konzession. Ebensowenig bedürfen derselben diejenigen Kaufleute, von welchen die Handelsvermittlungsgeschäfte im Sinne des Art. 272 Ziff. 4 des H.G.B. einzeln im Betriebe ihres sonst auf andere Geschäfte gerichteten Gewerbes (Art. 272, letzter Absatz) oder als Hilfsgeschäfte nach Art. 273 Abs. 1 des H.G.B. gemacht werden, denn es unterliegt stets nur die gewerbemässige Vermittlung einer Konzession und ausserdem wäre es sinnwidrig, wenn man von einem Kaufmann, der sein Geschäft ohne die Notwendigkeit einer polizeilichen Erlaubnis betreibt, verlangen wollte, dass er sich die amtliche Konzession einholt, um ein einzelnes für seinen Geschäftsbetrieb notwendiges Vermittlungsgeschäft zu besorgen. Anders steht es mit den Privathandelsmäklern im Sinne des Art. 272 Ziff. 4 des H.G.B. Sie müssen, wo eine Konzession partikularrechtlich vorgeschrieben ist, um Verleihung derselben nachsuchen. Die Giltigkeit der von ihnen eingegangenen Vermittlung ist aber von der Erteilung der vorgeschriebenen Konzession nicht abhängig, wie aus Art. 276 des H.G.B. ohne weiteres hervorgeht. Sie können wegen mangelnder Konzession straffällig sein, ihr Lohnanspruch bleibt aber trotzdem begründet.

Von Personen, welche Nichthandelsgeschäfte vermitteln, bedürfen diejenigen keiner Konzession, deren Vermittlungsthätigkeit nicht den Charakter des Gewerbsmässigen trägt; es bleiben somit nur die gewerbsmässigen Privat- oder Zivilmäkler, also insbesondere Gesinde-, Häuser-, Güter-, Heiratsvermittler übrig. Bei ihnen bildet die gewerbliche oder polizeiliche Konzession, da wo deren Erlangung partikularrechtlich vorgeschrieben ist, eine eigentliche Voraussetzung für den Lohnanspruch[75]), wenn nicht die betreffende Partikulargesetzgebung sich etwa begnügt, an das Nichteinholen der Konzession nur gewisse Strafen zu knüpfen. Im letzterwähnten Fall kommt aber die Konzession gar nicht als Voraussetzung für den Anspruch auf die Mäklergebühr in Betracht und ist an dieser Stelle deshalb nicht zu berücksichtigen.

Die Reichsgewerbeordnung[76]) bestimmt in § 1: „Der Betrieb eines Gewerbes ist Jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz

---

Anm. 75. Vgl. auch K. S. 227 Anm. 4 und S. 245, 5. Über die Konzession für Mäkler überhaupt vgl. Z. 8, S. 190 ff.; R. R. II, S. 73; Busch A. 4, S. 219, S. 228, S. 152; 13, S. 406 und 419; 7, S. 212; Gruchots Beiträge 5, S. 446; Deutsche Gerichtszeitung S. 225 und 233.

Anm. 76. Ausgabe von 1893. Redaktion vom 1. Juli 1893.

Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind" und in § 7 Ziff. 5: „Vom 1. Januar 1873 ab sind, soweit die Landesgesetze solches nicht vorher verfügen, aufgehoben die Berechtigungen, Konzessionen zu gewerblichen Anlagen oder zum Betrieb von Gewerben zu erteilen, die dem Fiskus, Korporationen, Instituten oder einzelnen Berechtigten zustehen"; sie hat ferner in § 72 ff. die mit der Konzession verbundenen polizeilichen Taxen für die Zukunft zum grossen Teil aufgehoben, die Aufstellung neuer verboten und in § 35 verordnet, dass den gewerbsmässigen Vermittlungsagenten für Immobiliarverträge, Darlehen und Heiraten, den Gesindevermietern und Stellenvermittlern, das Geschäft untersagt werden kann[77]), wenn Thatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf diesen Gewerbebetrieb darthun und dass die genannten Personen bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebs der zuständigen Behörde hiervon Anzeige zu machen haben, widrigenfalls sie nach § 148 Ziff. 4 einer Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark und im Unvermögensfalle einer Haftstrafe bis zu vier Wochen unterliegen. Weitere einschlägige Bestimmungen enthält die R.Gew.O. nicht. Dadurch ist die Voraussetzung einer gewerblichen oder polizeilichen Konzession für den Anspruch auf Mäklerlohn innerhalb des Geltungsgebiets der D. R.Gew.O. aufgehoben.

5. Was die letzte Voraussetzung für den Anspruch auf Mäklerlohn anbelangt, auf Grund deren der Vermittler kein unerlaubtes oder unsittliches Geschäft vermitteln darf, so ist dieselbe in lex 3 Dig. 50, 14 mit den Worten *contractibus licitis* ausdrücklich hervorgehoben worden, obgleich sie sich nach den allgemeinen römisch-rechtlichen Grundsätzen von selbst versteht. Wann ein Geschäft als ein *pactum illicitum* zu gelten hat, ist eine hier nicht zu erörternde Frage des Pandektenrechts[79]).

Anm. 77. Das Verfahren und die Behörden, welche in Bezug auf die Untersagung des Gewerbebetriebs massgebend sind, ergeben sich aus § 54 in Verbindung mit den §§ 20 und 21 der R.Gew.O.

Anm. 78. Da die vorliegende Arbeit nicht lediglich das heute geltende Recht zur Darstellung zu bringen beabsichtigt, so musste jenes in manchen früheren Partikulargesetzen vorgeschriebene Erfordernis der Konzessionseinholung zur Sprache gebracht werden. Wenn dies für die Handelsmäkler an der Hand des heutigen A. D. H.G.B. geschah, so liegt der Grund dafür darin, dass ein anderer Begriff der Handelsmäkler als der durch jenes Gesetzbuch gegebene für uns nicht besteht und weil ausserdem das A. D. H.G.B., ungefähr in der jetzigen Fassung, schon vor Einführung der D.Gew.O. auf dem Wege der Partikulargesetzgebung in den einzelnen deutschen Bundesstaaten zu Recht bestand, so dass das besprochene Konzessionserfordernis verschiedene Jahre hindurch noch neben den Bestimmungen des H.G.B. herlaufen konnte.

Anm. 79. Mit der Vermittlung unerlaubter Geschäfte waren früher teilweise bedeutende Strafen verknüpft. Vgl. Schorch § 7 und § 4 a. E. (über das Vermitteln

Nur bezüglich der Heiratsvermittlung muss Einiges gesagt werden, da dieselbe seit den ältesten Zeiten unter den Vermittlungsgeschäften eine hervorragende Rolle gespielt hat und, wenn um Geld ausgeführt, abwechslungsweise bald als erlaubtes, bald als unerlaubtes Geschäft angesehen wurde. Dass die alten Römer das gewerbemässige Vermitteln von Ehebündnissen[80]) nicht als unsittlich betrachteten, geht aus dem Digestentitel 50, 14 hervor[81]), wo dieser Zweig der Mäklerei unter dem Namen *conditio* speziell aufgeführt ist. Zu Anfang der Kaiserzeit, in der ein Augustus die für die *caelibes* so ungünstige *lex Julia de maritandis ordinibus* und die *lex Papia Poppaea* erliess, durch welche er bekanntlich der damals eingerissenen Scheu vor der Ehe und der Auferziehung von Kindern entgegenarbeiten wollte, ist es vollends klar, dass die Vermittlung von Ehen nicht als *contra bonos mores* verstossend, sondern im Gegenteil als eine lobenswerte That gelten musste. Ein anderer Wind weht uns aus der von Cujacius eingeschobenen, *in foro* deshalb nicht giltigen, historisch jedoch nicht minder wertvollen und interessanten lex 6 Cod. 5, 1 entgegen. Diese Konstitution, deren griechischer und lateinischer Text in allen neueren Ausgaben des corpus juris civilis aufgenommen ist, bestimmt nämlich, dass ein Vermittler von Heiraten nichts bekommen soll, wenn vorher nichts verabredet worden ist; wenn aber durch eine Übereinkunft eine Belohnung versprochen wurde, so soll er nicht mehr — weniger darf er sich ausbedingen — als den zwanzigsten Teil des Heiratsguts (der *dos*) oder der *ante nuptias donatio* fordern dürfen, insofern nämlich die *dos* den Betrag von 200 Pfund Gold nicht übersteigt. Sollte jedoch das Heiratsgut mehr als 200 Pfund Gold betragen, so soll der Heiratsvermittler nicht mehr als 10 Pfund Gold erhalten, sogar dann, wenn die *dos* oder *ante nuptias donatio* eine *certa* sein sollte. Hat sich der Ehevermittler ausserdem etwas versprechen lassen, so soll solches von ihm nicht nur nicht gefordert, sondern sogar das Gezahlte zurückgegeben werden, er mag Geld oder Sachen empfangen haben oder es mag ihm ein Schuldschein oder überhaupt etwas Bewegliches oder Unbewegliches oder ein lebendes Tier gegeben worden sein. Die hierüber angestellten Klagen finden nicht bloss gegen den Empfänger, sondern auch gegen dessen Erben statt und stehen nicht nur dem Geber,

---

eines *sacerdotium*); Findekeller p. 2, cap. 3 sectio 1; Silberrad cap. 4 § 8; Bodinus cap. 5, thes. 6 und thes. 15; Leyser spec. 681, Noten 10 ff.; Riccius § 52 f. insbesondere Straccha p. III, 27 ff.; Strippelmann Teil 7, S. 176 bezüglich Kurhessischer Vorschriften.

Anm. 80. Natürlich von gesetzlich zulässigen Ehebündnissen; die Vermittlung von *nuptiae incestuosae* war zu allen Zeiten verboten (vgl. die Citate der letzten Anmerkung und Brunnemann § 3).

Anm. 81. Desgl. auch aus l. 18, D. 23. 1.

sondern auch dessen Erben zu. Am Schluss ist eine Geldbusse von 10 Pfund gegen denjenigen festgesetzt, der gegen die gegebene Vorschrift zu handeln versucht[82]). Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man auf Grund dieser strikten Bestimmungen mit Laband[83]) (Seite 3) annimmt, dass in der verwilderten römischen Kaiserzeit viele Leute das Vermitteln von Heiraten mit einer solchen Habgier und Schamlosigkeit betrieben, dass sich die Gesetzgebung veranlasst sah, gegen dieses Treiben einzuschreiten und eine Regelung jenes Gewerbes vorzunehmen. Übrigens mag auch die Verbreitung des Christenthums mit seiner veränderten Auffassung von der Ehe auf die strengere Behandlung der Heiratsvermittlung von Einfluss gewesen sein. Im kirchlich-religiösen Mittelalter wurde die Annahme einer Belohnung für die Vermittlung eines Ehebündnisses nicht gestattet[84]). Dies hat sich bis auf den heutigen Tag in einzelnen Gesetzen erhalten, so z. B. in Hessen[85]) und Sachsen[86]), doch sind diese Bestimmungen als Anomalien zu betrachten. Nach moderner Rechtsanschauung unterliegt es keinem Zweifel, dass die gewerbsmässige Vermittlung von Heiraten durchaus nichts unsittliches an sich hat[87]). Weder dem religiösen noch dem moralischen Wert der Ehe geschieht dadurch irgend welcher Abbruch, dass sie durch einen Dritten zu Stande gebracht wurde, der dafür seinerseits sich Provision ausbezahlen lässt. Gemeinrechtlich war die

Anm. 82. Bodinus cap. 3, thes. 2; Findekeller p. 2, cap. 6, sectio 2; Silberrad cap. 1, § 7; Perez ad Cod. V, 1, Note 20; Unterholzner § 521; von Holzschuher II, S. 802 ff.; Weiske's Rechtslexikon 11, S. 613 ff.

Anm. 83. Vgl. auch die bei L. in Anm. 8 aufgeführten Quellen.

Anm. 84. Straccha p. III er. 30: *Et proxeneticus qui in spiritualibus salarium vel promissorium alicujus utilitatis recepit, Simoniacus est.*

Anm. 85. Vgl. die Kurhessischen Verordnungen vom 27. März und 29. Mai 1804. Sie bestimmen, dass das Versprechen einer Mäklergebühr für die Nachweisung einer heiratsfähigen Person oder für die Vermittlung einer Ehe nichtig sein solle; nur den Juden werden zwei Prozente Gebühr gewährt (vgl. auch Strippelmann, Teil 7, S. 178 und Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. Bd. I, S. 343).

Anm. 86. § 1259 des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 lautet: „Das Versprechen einer Mäklergebühr für den Nachweis einer heiratsfähigen Person oder für die Vermittlung einer Ehe ist nichtig."

Anm. 87. Vgl. z. B. Art. 734 des Dresdener Entwurfs: „Das Versprechen einer Mäklergebühr für den Nachweis einer heiratsfähigen Person oder für die Vermittlung einer Ehe ist giltig, sofern nicht ein Landesgesetz entgegensteht." Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das D. R. geht von der Ansicht aus, dass weder eine Bestimmung, die den Heiratsvermittlungsvertrag für schlechthin nichtig erklärt, als angemessen noch ein Vorbehalt für die Landesgesetze als gerechtfertigt zu erachten sei; die Frage der Nichtigkeit des fraglichen Vertrags hänge von den Umständen ab. (Motive II, S. 511). Der Entwurf hat deshalb keinerlei diesbezügliche Verordnung getroffen weder in der ersten noch in der zweiten Lesung. Auch die D. Gew.O. (§ 35 Abs. 2) sieht die

Heiratsvermittlung gegen Bezahlung nie verboten, wo also keine partikularrechtlichen Vorschriften verbietender Art vorhanden sind, kann der *proxeneta nuptiarum* die ausbedungene gesetzliche oder usancemässige Belohnung unbedingt verlangen und einklagen; die Thatsache, dass in den meisten Ländern Heiratsvermittlungsbureaux geduldet oder konzessioniert sind, beweist am deutlichsten, wie die Neuzeit über diesen Punkt denkt. Übrigens ist auch Theorie und Praxis überwiegend der Ansicht, dass dieser Zweig der Vermittlungsthätigkeit ein erlaubter sei und billigt, wenn nicht sonst die nötigen Voraussetzungen für den Lohnanspruch fehlen, dem Heiratsmäkler die ordnungsmässige Gebühr regelmässig zu[88]). Im allgemeinen gilt das für die übrigen Zivilmäkler in dieser Abhandlung Ausgeführte auch für die Heiratsvermittler in sinngemässer Anwendung; einige Besonderheiten sind an geeigneter Stelle schon hervorgehoben worden, so z. B. die Frage, wann die Anpreisung einer heiratsfähigen Person als *dolos* anzusehen ist[89]), desgl. die Eigenschaft der Heiratsvermittler als Zivilmäkler im Gegensatz zu den Handelsmäklern[90]).

Sobald die fünf bisher besprochenen Voraussetzungen erfüllt sind und sonst keine rechtlichen Hindernisse mehr im Wege stehen, hat der Mäkler seinen Lohn verdient, er kann ihn ausbezahlt verlangen und wenn dies nicht gutwillig geschieht, bei Gericht[91]) einklagen. Häufig dreht sich der Streit

---

gewerbsmässige Vermittlung von Heiraten an sich nicht als etwas gegen die guten Sitten Verstossendes an. In Bolze 9, N. 320 wird ausgeführt, dass ein für die Vermittlung einer Ehe versprochener Mäklerlohn an sich zweifellos klagbar ist, wenn aber der Lohn nicht für die Bemühungen um das Zustandekommen der Ehe, sondern lediglich für den Erfolg zugesagt sei, dann könne die Klagbarkeit der Belohnung zweifelhaft sein, weil in diesem Fall die Möglichkeit vorhanden sei, dass Mittel angewandt werden, welche die für die Eheschliessung besonders wichtige auf vollständiger Würdigung aller persönlichen Verhältnisse beruhende Einwilligung der Nupturienten beeinträchtigen könne.

Anm. 88. Vgl. ausser den in den vorhergehenden Anmerkungen citierten Stellen: Straccha p. II er. 15 a. a. O.; Schorch § 12, auch § 4; Bodinus cap. 3, thes. 5 und 6; Findekeller p. 2, cap. 3, sectio 2; Silberrad cap. 3, §§ 4—7, cap. 4, § 6; Struvius p. 2, exerc. 29, lib. 23, Tit. 1, thes. 4, i.; Titius lib. 10, cap. 6, § 8 und § 11; Cujacius lib. 11, cap. 18; Hommel observ. 160; Leyser spec. 682; Unterholzner § 521; v. Holzschuher II, S. 802 ff.; Reyscher § 465; Weiske's Rechtslexikon 11, S. 613 ff.; Glück, Pandekten 22, S. 445 ff.; K. S. 245 f.; Neumann S. 32 ff; Seuff. A. 13.14; 14.124; 33.125; R.G.E. 25, S. 340; Bolze 1, N. 975; 9 N. 321; Württemb. Archiv 3, S. 191 f.

Anm. 89. Vgl. insbesondere Straccha p. 4, qu. 3; Schorch § 12, Silberrad cap. 4, § 6; Findekeller p. 2, cap. 3, sectio 2; Titius lib. 10 cap. 6, § 8.

Anm. 90. S. § 5 dieser Arbeit bei Anm. 15.

Anm. 91. Bei Zivilmäklerprozessen ist ausschliesslich das Amtsgericht oder Landgericht nach Massgabe von § 23, Z. 1 und § 70 Abs. 1 des G.V.G. zuständig, für und gegen amtliche Handelsmäkler und Privathandelsmäkler das Amtsgericht, die Zivilkammer

nicht um den Anspruch auf Lohn selbst, sondern nur um die Höhe desselben[92]) und zwar insbesondere dann, wenn vorher hierüber zwischen den Parteien nichts vereinbart wurde und keine ausdrücklichen, diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen, Verordnungen oder Gebräuche bestehen. Vorhergehende Vereinbarungen über die Höhe der Mäklergebühr bilden die Regel, das Vorhandensein von Gesetzesbestimmungen, die einen genauen Massstab für die Berechnung der Belohnung aufstellen, ist äusserst selten[93]). Sogar das H.G.B. beschränkt sich in Art. 82 Abs. 3 darauf zu sagen: der Betrag der Mäklergebühr wird durch örtliche Verordnungen geregelt, in Ermangelung derselben entscheidet der Ortsgebrauch[94]) [95]). Diese Regelung des A. D. H.G.B. giebt berechtigten Grund zu der Annahme, dass in Deutschland überall örtliche Verordnungen oder Usancen, allerdings handelsrechtlichen Inhalts, über die Höhe der Mäklergebühr bestehen und so verhält es sich auch in Wirklichkeit[96]).

---

des Landgerichts oder die Kammer für Handelssachen gemäss § 23, Ziff. 1; § 70, Abs. 1 und § 101 Ziff. 3 bzw. Ziff. 1 des G.V.G. Ist der Streitwert unter 300 *M.*, so gehören alle Mäklerprozesse ohne Unterschied vor das Amtsgericht. Der Streitwert kann nicht nach dem Wert des zu vermittelnden Geschäfts bemessen werden, es entscheidet vielmehr der Wert des Vermittlungsgeschäfts, also die vereinbarte oder gesetzliche Belohnung (s. a. Neubauer S. 5 u. R. R. II, S. 78 ff.).

Anm. 92. Über den Gegenstand der Belohnung handelt aufs eingehendste Bodinus in Kapitel III seiner Abhandlung „de philanthropo".

Anm. 93. So z. B. enthält das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch keinerlei Vorschrift über die Höhe der Mäklergebühr, ebensowenig der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das D. R. I. Lesung. (Motive II, S. 514) — über den Entwurf II. Lesung und den Dresdener Entwurf siehe Anm. 94. — Gemeinrechtlich besteht gleichfalls keine derartige Bestimmung, mit Ausnahme der in lex 6, Cod. 5. 1 enthaltenen, aber nicht recipierten Vorschrift für die Heiratsvermittler. (Näheres hierüber s. bei Anm. 82). Eine Ausnahme macht Kurhessen, das in einer besonderen Verordnung vom 5. Oktober 1773 das Maximum der Mäklerbelohnung auf zwei Prozente festsetzt und weiterhin bestimmt, dass der Mehrbetrag von dem Mäkler an den Schuldner zurückgezahlt und eine gleichgrosse Summe an das Waisenhaus erstattet werden muss. Spätere Verordnungen vom 20. August 1800, 27. März und 29. Mai 1804, 17. Juli 1824 führen dies noch näher aus. Unter anderem wird den Darlehensvermittlern nur 1 % gewährt, den christlichen Heiratsvermittlern die Annahme jeder Belohnung verboten, den jüdischen Ehemäklern dagegen 2 % gestattet (vgl. a. Strippelmann, Teil 7, S. 170 ff.; und Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. I, S. 337 ff.).

Anm. 94. Ebenso der Dresdener Entwurf in Art. 735: „Der Betrag der Mäklergebühr ist, sofern nichts anderes vereinbart worden ist, nach Ortsgebrauch zu bestimmen", desgl. der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das D. R. (II. Lesung) § 588, Abs. 2: „Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmässige Lohn, in Ermanglung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen.

Anm. 95. Art. 82 ist analog auf Privathandelsmäkler und sogar auf Zivilmäkler anwendbar (vgl. Anm. 11 in § 5 dieser Arbeit).

Anm. 96. Man denke an die unzähligen Landes- und städtischen Mäklerordnungen,

Vorherige ausdrückliche Vereinbarung zwischen den kontrahierenden Parteien des Vermittlungsgeschäfts ist, wie gesagt, der normale Weg für die Festlegung der Mäklergebühr; die Art und Weise, wie dies geschieht, liegt selbstverständlich im freien Belieben der Kontrahenten; sie können sich von anfang an auf eine feste Summe einigen, sie können aber auch die Höhe der Vergütung von dem Wert des zu vermittelnden Geschäfts abhängig machen und den Betrag nach Prozenten normieren; ersteres wird regelmässig bei Vermittlungen der Fall sein, deren Gegenstand keinen realen, in Geld umzusetzenden Wert repräsentiert, letzteres Verfahren eignet sich hauptsächlich bei Vermittlungen von Kauf- und Darlehensgeschäften [97]). Die Höhe des erzielten Kaufpreises oder der gewährten Darlehenssumme bildet dann die Grundlage für die Berechnung der versprochenen Prozente, wobei natürlicherweise, wenn es sich beim vermittelten Geschäft um sehr hohe Beträge handelt, ein niedrigerer Prozentsatz festgesetzt werden wird, als bei kleinen Summen, da die Arbeit, die der Mäkler aufzuwenden hat, in der Regel im einen Fall kaum grösser ist als im anderen [98]).

Wenn nun aber durch Gesetz oder Verordnung die Höhe des Mäklerlohns ausdrücklich festgesetzt ist, dürfen auch dann die Parteien eine abweichende diesbezügliche Vereinbarung treffen? Es kommt darauf an, ob die betreffende Norm den Charakter einer *lex absoluta* hat [99]), grundsätzlich ist dies nicht der Fall, bei Festsetzung der Höhe des Mäklerlohns aber erscheint es durchaus nicht unmöglich, dass der Gesetzgeber dem betreffenden Artikel zwingende Geltung beigelegt hat und zwar in der wohlüberlegten und wohlgemeinten Absicht, die Mitkontrahenten des Mäklers vor

---

die freilich meist nur die Verhältnisse der *proxenetae publici* im Auge haben, aber für die Feststellung der Höhe der Zivilmäklerbelohnung jedenfalls analog angewandt werden dürfen und seit jeher so angewandt worden sind. (Anderer Ansicht Puchelt in Busch A. 13, S. 425). Eine Aufzählung von bedeutenderen Mäklerordnungen findet sich in v. Holtzendorffs Rechtslexikon bei dem Worte „Mäkler".

Anm. 97. Für Geschäfte, bei denen die Berechnung der Gebühr regelmässig nach Prozenten erfolgt, hat sich der Name „Provision" eingebürgert. So spricht man auch häufig von „Mäklerprovision".

Anm. 98. Diesen Standpunkt hat auch der Richter bei Normierung der streitigen Mäklervergütung seiner Schätzung zu Grunde zu legen.

Anm. 99. Keine *lex cogens* ist Art. 82, Abs. 3 des H.G.B., ebensowenig Art. 735 des Dresdener Entwurfs oder § 588, Abs. 2 des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs für das D. R. (II. Lesung); wohl aber natürlicherweise § 1259 des Sächs. Gesetzbuchs, der für Heiratsvermittlung überhaupt jede Vergütung verbietet. Zwingender Charakter kommt wohl auch den Bestimmungen der Kurhessischen Verordnungen vom Anfang des Jahrhunderts zu (vgl. Anm. 93). — Dass die Eigenschaft einer *lex cogens* auch einer Verordnung, nicht nur einem eigentlichen Gesetz erteilt werden kann, unterliegt keinem Zweifel. —

den bekannten Übergriffen dieser Berufsklasse zu schützen [100]). Ob jene Absicht des Gesetzgebers vorgelegen hat oder nicht, ist *quaestio facti.* Sie wird aber insbesondere anzunehmen sein, wenn der Maximalbetrag der Vergütung sehr nieder gegriffen ist. Wo dem zuständigen Gesetze nicht die Bedeutung der *lex cogens* zukommt, ist eine abweichende Regelung der Mäklergebühr durch die Parteien unbedingt gestattet. Wenn kein Spezialgesetz zur Beachtung vorhanden ist, und die Parteien auch nichts vorher vereinbart haben, so kommen die örtlichen Verordnungen zur Anwendung, sind solche nicht erlassen, der Ortsgebrauch, fehlt es auch an diesem, so steht die Festsetzung dem richterlichen Ermessen zu. Diese Reihenfolge [101]) der massgebenden Faktoren ist schon von den Glossatoren unter Hinweis auf lex 34 Dig. de reg. jur. 50, 17 [102]) vorgeschlagen und von den späteren Juristen in ihren Schriften gebilligt worden [103]).

Dem Richter stehen seit der Einführung der freien Beweiswürdigung und Schadensermittlung durch § 259 und 260 der D. R.Z.P.O. alle Mittel zur Verfügung, um in gerechter und sachgemässer Weise das Mass der streitigen Gebühr zu normieren. Er kann über die Thätigkeit des Mäklers, über seinen Aufwand an Zeit und Geld, über den Wert des vermittelten Gegenstandes, über die Bezahlung in früheren ähnlichen Fällen Beweis einziehen und Sach-

---

Anm. 100. In älteren Mäklerordnungen findet man häufig Strafbestimmungen an die Überschreitung des vorgeschriebenen Maximalbetrags der Gebühr geknüpft (vgl. Anm. 93), s. a. L. S. 29, Anm. 79; K. S. 243. (Neubauer S. 8 f.; S. 45 f. bespricht die Höhe der gewöhnlich den Mäklern in Berlin gewährten Prozente).

Anm. 101. Das allgemeine bürgerliche Recht, also z. B. das gemeine Recht, erhält seinen Platz erst nach dem Ortsgebrauch, da die derogatorische Kraft der Usancen gegenüber dem allgemeinen bürgerlichen Recht ausser Zweifel steht, einem Spezialgesetz (auch dem A. D. H.G.B.) kann ein Orts- oder Geschäftsgebrauch dagegen nie vorgehen. Die Vereinbarung der Parteien geht allem vor, ausgenommen einer *lex absoluta.*

Anm. 102. Die Stelle lautet: *Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur quod actum est, aut, si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, qua actum est, frequentatur. Quid ergo si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id, quod minimum est, redigenda summa est.*

Anm. 103. Vgl. Titius § 6: *Quantitas philantropi lege, conventione, arbitrio judicis determinatur.* Riccius § 66, § 67: *proxeneticum si neque lege, neque conventione partium fuerit definitum, tota res ad judicis arbitrium refertur, qui id pro modo negotii et proxenetae solertia et opera decernit* s. auch § 68 u. § 71; Straccha p. II, N. 9; p. 4, N. 3; Bodinus cap. 3, thes. 2. cap. 5, thes 2; Schorch § 5; Silberrad cap. 4, § 12; Unterholzner § 521; v. Wening-Jngenheim § 227; Curtius § 1616; Reyscher II, § 465; Sintenis § 119, S 694, Anm. 12, S. 695; Bucher § 115; Schweppe § 613, S. 547; Endemann §. 190, S. 690; Busch A. 13, S. 425; Z. 8, N. 35, S. 192: Gruchots Beiträge 17, S. 794; Entwurf zum Schweiz. Obligationenrecht von 1869—1872 und von 1876 Art. 337. „Die Mäklergebühr bestimmt sich nach kantonischem Gesetz oder Ortsgebrauch, oder in Ermanglung nach dem Ermessen des Richters".

verständige hören, er kann auch, ganz nach eigenem Gutdünken, auf seine Erfahrung aus früheren Prozessen dieser Art gestützt, die Höhe der Vergütung festsetzen. Die Verhältnisse am Ort des Vertragsschlusses und am Ort des geschäftlichen Domizils [104]) des Vermittlers wird er hierbei besonders ins Auge zu fassen haben. Bei richtiger Würdigung aller massgebenden Momente lässt sich dann selbst in komplizierteren Fällen eine gerechte Entscheidung fällen. Übrigens wird nur selten zur Festsetzung der Lohnbeträge an das reine richterliche Ermessen appelliert, regelmässig steht einer der anderen für die Berechnung massgebenden Faktoren zu Gebote. Dagegen besteht die Aufgabe der Richter häufig in der Ermässigung einer übertriebenen Provisionsforderung des Mäklers [105]) oder in der Auslegung der bedauerlicherweise meistens sehr unvollständig und ungenau oder gar nur mündlich vereinbarten Vermittlungsverträge oder in der Entscheidung darüber, welches Recht im gegebenen Fall für den Lohnanspruch zur Anwendung zu gelangen hat.

Sind mehrere Mäkler bei einem Vermittlungsgeschäft thätig, so erhalten sie, wenn nichts anderes verabredet worden war, zusammen die gesetz- oder usancemässige Vergütung [106]). Haben der Auftraggeber sowohl als sein Gegenkontrahent je für sich einen Vermittler beigezogen, so bezahlt jeder den seinigen und zwar jeder zum vollen Betrag [107]).

Anm. 104. Während für die Beurteilung der Thätigkeit des Vermittlers, also der Vermittlung selbst zweifellos das Recht desjenigen Orts zur Anwendung kommt, an welchem dieselbe stattfindet, scheinen nach zwei übereinstimmenden Entscheidungen des O.A.G. Lübeck aus dem Jahr 1867 und des Obertribunals Berlin vom Jahr 1874 (vgl. Seuff. A. 22.2 u. 33.124) zu schliessen — für das Mass der Vergütung, die am geschäftlichen Domizil des Mäklers geltenden Normen massgebend zu sein. Ob man diesen Entscheidungen allgemeine Bedeutung schenken darf, scheint mir äusserst zweifelhaft, insbesondere kann davon nicht die Rede sein, wenn z. B. am Domizil des Vermittlers eine beträchtlich höhere Mäklergebühr üblich ist, als am Vertragsort, da eine stillschweigende Einigung — bei ausdrücklicher Verabredung der Höhe wird ja der Fall nicht leicht praktisch werden — der Parteien insbesondere des Gegenkontrahenten auf jene höhere Gebühr niemals angenommen werden darf.

Anm. 105. Vgl. Stryk § 1: *si vero proxeneta sordidi ultra modum quit petit Praeses modum pro natura negotii constituere debet, ne altera pars gravetur;* Brunnemann § 3: *quando proxenetae ultra modum sordidi petunt aliquod proxeneticum Praeses debet modum constituere pro natura negotii ne pars contrahens laedatur;* Riccius § 71; Voet § 1; Florentina: *Praeses provinciae de proxeneticis cognoscit et constituit salarium secundum qualitatem negotii et laboris* und *sordidem dicitur proxeneticum cum petitur ultra modum, qui debet aestimari;* Busch A. 13, S. 425.

Anm. 106. Über ein zwischen mehreren Mäklern bestehendes Societätsverhältnis und seine Konsequenz (vgl. R.G.E. 18, S. 163 und Anm. 6 in § 8 dieser Arbeit).

Anm. 107. Anderer Ansicht Keyssner zu Art. 83, der jede Partei an ihren Mäkler nur die Hälfte des Mäklerlohns bezahlen lässt. Diese Ansicht hat die Vorschrift

In den weitaus meisten Fällen wird nur ein Mäkler mit der Vermittlung des beabsichtigten Geschäfts betraut und hier entsteht nun die Frage, wer die Gebühr zu bezahlen hat, der Auftraggeber allein oder die beiden Vertragskontrahenten?

Wie die Höhe des Mäklerlohns, so kann auch die Bezahlung derselben durch vorhergehende Vereinbarung unter den Parteien, durch Gesetz, Verordnung, Geschäftsgebrauch u. s. w. geregelt sein. Die Reihenfolge der entscheidenden Faktoren ist die nämliche [108]), wie die weiter oben bei der Höhe der Mäklergebühr statuierte, d. h. in erster Linie kommt, wenn keine Norm zwingenden Charakters entgegensteht, in Betracht Parteienübereinkunft, in zweiter Linie Spezialgesetz oder Spezialverordnung ohne die Eigenschaft einer *lex cogens* [109]), an dritter Stelle Ortsgebrauch, dann allgemeines bürgerliches, beispielsweise gemeines Recht, endlich richterliches Ermessen. Dem richterlichen Ermessen kommt bei der Frage, wer den Mäklerlohn zu vergüten hat, nicht dieselbe grosse Bedeutung zu, wie bei der Frage nach dem Mass der Belohnung. Dies liegt einmal in der Natur der Sache, da es sich nicht um eine in jedem einzelnen Fall, je nach den thatsächlichen Verhältnissen verschieden sich gestaltende Wertschätzung, sondern um die Anwendung einer sich gleichbleibenden allgemeinen Rechtsregel handelt. Es hat aber ferner seinen Grund darin, dass sich allmählich für das Zivilmäklergeschäft in Deutschland ein bestimmter Verkehrsgebrauch ausgebildet hat, der in Ermanglung von vorhergegangenen Parteiverabredungen, von zwingenden Gesetzen und Verordnungen und von langjährigen abweichenden Ortsgebräuchen [110]) als massgebend zu betrachten ist. Dieser Verkehrsgebrauch, oder, wie man ebensogut sagen kann, dieses Gewohnheitsrecht spricht grundsätzlich die Pflicht zur Bezahlung der Mäklergebühr demjenigen zu, der den Vermittler zur Thätigkeit aufgefordert hat [111]) und zwar mit vollem Recht, da dem Auftraggeber

---

des Art. 83 H.G.B. im Auge und kann nur für amtliche Handelsmäkler Geltung haben (vgl. übrigens dagegen Puchelt, Komm. zu Art. 83 H.G.B.).

Anm. 108. Vgl. Puchelt, Busch A. 12, S. 428; Findekeller p. 2, cap. 6, sectio 2.

Anm. 109. Sonst ständen sie an erster Stelle.

Anm. 110. Das allgemeine deutsche Gewohnheitsrecht muss einem spezielleren, in Übung stehenden Ortsgebrauch weichen, wenn also z. B. innerhalb eines Geltungsbezirks des gemeinen Rechts sich eine Stadt befindet, in welcher seit langen Jahren bei allen Vermittlungsgeschäften die Teilung der Mäklergebühr zwischen den beiden kontrahierenden Parteien durch Ortsgebrauch hergebracht ist, so ist dieser Ortsgebrauch und nicht das gemeine Gewohnheitsrecht zur Anwendung zu bringen.

Anm. 111. Vgl. z. B. Sintenis § 119, S. 694, Anm. 13: „Es versteht sich von selbst, dass der Mäkler, wenn auch seine Dienstleistungen beiden Kontrahenten zu gute

an der Vermittlung am meisten gelegen ist und der Mäkler natürlicherweise seine Thätigkeit hauptsächlich in dessen Interesse [112]) entwickelt, während der Gegenkontrahent vielleicht das Geschäft ebenso gerne ohne Zuziehung eines Vermittlers abgeschlossen hätte und auch den Vorteil des vermittelten Geschäfts nicht so unmittelbar dem Mäkler zu verdanken hat. In sehr vielen Fällen wäre es höchst ungerecht, dem Gegenkontrahenten des Auftraggebers zumuten zu wollen, an der Honorierung des Mäklers zu participieren.

Wenn trotz der in Deutschland allgemein verbreiteten Rechtsanschauung, dass der Unterhändler von demjenigen zu belohnen ist, der ihm den Vermittlungsauftrag erteilt hat, in der Litteratur sich nicht selten die entgegengesetzte Ansicht vertreten findet, nach welcher die Vergütung im Zweifelsfalls von beiden Parteien zur Hälfte zu entrichten ist [113]), so dürfte der Grund hiervon vornehmlich in zwei Thatsachen zu suchen sein, nämlich einmal darin, dass die Teilung der Gebühr unter den beiden Kontrahenten in der Zeit, in welcher sich das Vermittlungsgeschäft gänzlich in den Händen der sogenannten *proxenetae publici* befand, auf Grund der publizistischen Stellung dieser Vermittler die Regel bildete und ferner darin, dass das A. D. H.G.B. für die amtlich bestellteu Handelsmäkler diese Vorschrift adoptiert hat. Das H.G.B. schreibt bekanntlich in Art. 83 vor, dass, wenn unter den Parteien nichts darüber vereinbart sei, wer die Mäklergebühr bezahlen solle, dieselbe in Ermanglung örtlicher Verordnungen oder eines Ortsgebrauchs von jeder Partei zur Hälfte zu entrichten sei. Diese Vorschrift ist jedoch, da sie auf der eigentümlichen Stellung der amtlichen Handelsmäkler als öffentlicher Urkundspersonen beruht, nicht einmal auf Privathandelsmäkler, geschweige denn auf Privatmäkler anwendbar.

---

gekommen sind, den Lohn doch nur von dem fordern kann, der ihn dazu aufgefordert hat", ebenso S. 695; Puchta § 305, S. 459; Reyscher II, § 465; Eichhorn § 307, S. 499; Curtius § 1616; K. S. 243 f.; Strippelmann Teil 7, S. 176 f.; S. 186; Gruchots Beiträge 20, S. 685; R.O.H.G. 11, S. 241; Seuff. A. 12.55. Dort heisst es: „Im gemeinen Verkehr — abgesehen vom Handelsrecht — z. B. bei Grundstückskäufen findet eine rechtliche Verbindlichkeit, dem Unterhändler seine Bemühung zu vergüten, in der Regel nur auf Seite desjenigen statt, der ihn hierzu aufgefordert oder beauftragt hat"; (vgl. auch Seuff. A. 33.124 und § 587 Entwurf eines bürg. Gesetzbuch für d. D. R. (2. Lesung), aus dessen Fassung diese Thatsache gleichfalls erhellt.

Anm. 112. Eine Verletzung der in § 8 aufgestellten Pflicht des Mäklers zur Unparteilichkeit liegt hierin durchaus nicht.

Anm. 113. Z. B. in Gruchots Beiträgen 17, S. 784: „Auch beim Zivil- und nicht amtlich bestellten Handelsmäkler wird der Betrag der Mäklergebühr nach örtlichen Verordnungen oder Ortsüblichkeit sich richten und wenn nichts anderes bestimmt ist, von jeder der kontrahierenden Parteien zur Hälfte zu entrichten sein"; bei v. Holzschuher S. 802 ff.; L. S. 10; in den Blättern für Rechtsanwendung 12, S. 184.

Natürlich können die kontrahierenden Parteien von Anfang an sich darauf einigen, zum Abschluss des beabsichtigten Geschäfts einen gemeinschaftlichen Mäkler zuzuziehen, in diesem Fall ist er als von beiden aufgestellt anzusehen [114]) und es trifft jede Partei die Hälfte am Lohn. Die Thätigkeit des Mäklers beschränkt sich dann gewöhnlich auf die Formulierung der Vertragsdedingungen. Ein Zuführen oder Nachweisen ist ja nicht mehr notwendig. Der Privathandelsmäkler kann in einem solchen Falle seine Gebühr gegen einen der beiden Kontrahenten einklagen, dieser muss das Ganze bezahlen, hat aber Regress gegen den andern auf die Hälfte. Dies beruht auf Art. 280 und Art. 281 des H.G.B. Auf den Zivilmäkler findet es keine Anwendung; er hat, von besonderer Verabredung abgesehen, von jedem der Kontrahenten nur die Hälfte zu beanspruchen. Da der amtliche Handelsmäkler nicht Kaufmann ist, so kommen die Art. 280 und 281 des vierten Buchs des H.G.B. für ihn ebensowenig in Anwendung [115]).

II. Verloren [116]) geht für den Mäkler der Anspruch auf Vergütung:

Anm. 114. Vgl. Württ. Archiv 15, S. 433, N. 9, dort wird ausgeführt, dass der Mäkler sich sehr wohl von beiden Parteien eine Belohnung versprechen lassen könne, da dies mit seiner Stellung als Vermittler zwischen zwei Parteien keineswegs unverträglich sei (vgl. auch Bayr. Entwurf von 1861, Teil 2, Art. 702, Abs. 2.)

Anm. 115. Der Umstand, ob der Vermittler von beiden Kontrahenten zugezogen wurde, oder nur von einem, ist für die Frage seiner Zeugnisfähigkeit seit jeher von grosser Wichtigkeit gewesen. Seitdem die R.C.P.O. die Unterscheidung zwischen klassischen und verdächtigen bzw. tüchtigen und auf Antrag der Prozessgegner verwerflichen Zeugen aufgegeben hat, und unter Rückkehr zum römischrechtlichen Standpunkt dem Richter die vollkommen freie Würdigung hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Zeugen eingeräumt hat, ist diese Frage für das heutige Recht ohne erhebliche Bedeutung. Da die Frage eine wesentlich prozessuale ist, will ich mich darauf beschränken, von der überreichen Litteratur die wichtigsten Fundorte anzugeben.

Schorch § 6, § 8; Findekeller p. 2, cap. 6, sect. 3 u. 4; Silberrad cap. 4; thes. 1; Bodinus cap. 5, thes. 7; Straccha p. 4, qu. 13; Leyser spec. 681, § 9—13; Hommel, obs. 161; Lauterbach thes. 201 u. 212; Struvius p. 2, exerc. 28, lib. 22, tit. 5, thes. 39; Mascardus III, concl. 1041 n. 1—29; Carpzow I, const. 71; Riccius § 40—43; Voet § 2; Wissenbach N. 20; Stryk § 3; Scherer S. 193 ff.; Makeldey § 391; Z. 8, N. 43, S. 198; Blätter für Rechtsanwendung 18, S. 348, Seuff. A. 2.105, 4.275, 9.90, 12.96, 14.175, 14.176, 16.84; 17.167, 18.60, 18.190, 23.272, 26.278; und insbesondere L. S. 34 ff.

Anm. 116. Von dem Verlust eines Rechts kann man selbstverständlicher Weise nur reden, wenn ein solches vorhanden war; es scheiden somit alle jene Fälle ohne Weiteres aus, in denen das beabsichtigte Geschäft noch gar nicht zu Stande gekommen ist, da ja — von ausdrücklicher anderweitiger Verabredung abgesehen — erst von diesem Moment an grundsätzlich der Anspruch auf die Mäklergebühr als begründet gilt; so kann man bei der Vermittlung eines *pactum illicitum* oder eines von Anfang an nichtigen Vertrags oder eines suspensiv bedingten Geschäfts, dessen Bedingung nicht eintritt, nicht sagen,

1. im Fall dolosen Verhaltens[117]) und zwar
   a) vor Abschluss des zu vermittelnden Geschäfts — vorausgesetzt, dass ein Lohn ausnahmsweise schon für blosse Bemühungen zugesichert war —
      α) wenn das vom Vermittler vorbereitete Geschäft nachträglich durch dessen unredliche Handlungsweise nicht zu Stande kam,
      β) wenn der Mäkler mit Absicht dem Interesse seines Auftraggebers zuwidergehandelt hat;[118])
   b) nach Abschluss des Geschäfts
      α) wenn durch sein Verschulden das schon zu Stande gekommene Geschäft sich wieder auflöst[119]),
      β) wenn er einem ausdrücklichen Verbot seines Auftraggebers (z. B. auch von dem anderen Kontrahenten einen Lohn anzunehmen oder gewichtige Geschäftsgeheimnisse der Gegenpartei mitzuteilen) zuwider gehandelt hat,
      γ) wenn er in offensichtlicher Weise die Interessen seines Auftraggebers zu Gunsten des anderen Kontrahenten verletzt hat.

Der Hauptfall einer Interessenverletzung besteht darin, dass sich der Mäkler auch von dem anderen Teil Provision ausbedingt und infolge dessen in Kollision mit seinen Pflichten gegen den Auftraggeber gerät. Hieran hat sich eine im Gebiete des gemeinen und hauptsächlich des Preuss. Allgem. Landrechts[120]) immer und immer

---

der Mäkler habe seinen Anspruch verloren, er hat einen solchen vielmehr gar nie erworben. Diese Fälle sind deshalb bei dem Zustandekommen des vermittelten Geschäfts als einer Vertragsvoraussetzung für das *pactum proxeneticum* behandelt worden.

Anm. 117. Der Verlust vollzieht sich auf die Weise, dass dem Anspruch des Mäklers auf Ausbezahlung des verabredeten oder angemessenen Lohns von seinem Geschäftsherrn die *exceptio doli* entgegengesetzt wird (im Gebiet des Preuss. Allg. L.R. teils die *exceptio doli*, teils die Einrede aus § 22. I. 13).

Anm. 118. Das zu 2) c) Auszuführende gilt *mutatis mutandis* auch hier.

Anm. 119. Vgl. auch Anm. 30 dieses Paragraphen.

Anm. 120. Wegen § 22, I, 13 des Preuss. Allg. L.R. Ursprünglich war dieser Paragraph nur für eigentliche Bevollmächtigte bestimmt, das frühere Preussische Obertribunal hat ihn jedoch in konstanter Praxis auch auf Vermittler angewandt, das Reichsgericht ist dieser Auffassung beigetreten (cf. Dernburg, Preuss. Privatrecht II, § 190, Anm. 20). Für das gemeine Recht ist die Streitfrage inhaltlich die nämliche, wie für das Geltungsgebiet des Allg. Preuss. L.R., nur dass sie sich im letzteren Fall an einen Gesetzesparagraphen anlehnt, im ersteren Fall dagegen auf allgemeinen Rechtsanschauungen beruht. Die Gründe, die den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für d. D. R. veranlasst haben, die in Rede stehende Frage durch eine allgemeine Rechtsnorm zu entscheiden, finden sich in den Motiven II, S. 515.

wiederkehrende Kontroverse ausgebildet, auf die hier näher eingegangen werden muss [121]).

Das Wesen dieser Streitfrage besteht darin, ob ein Vermittler, nachdem er von seinem Auftraggeber schon einen Lohn zugesichert erhalten hatte oder dessen Ausbezahlung von ihm voraussetzen durfte, durch die Annahme einer weiteren Belohnung von Seiten des Gegenkontrahenten, ohne Wissen des Auftraggebers [122]), sich eines dolosen Verhaltens gegen den Letzteren schuldig macht und hierdurch seines Anspruchs auf Vergütung verlustig geht. So gefasst kann die Frage in allgemein giltiger Weise weder bejahend noch verneinend beantwortet werden, es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls [123]) und zwar insbesondere darauf an, ob der Mäkler durch das zweite Lohnversprechen sich hat dazu verleiten lassen, die Interessen seines Auftraggebers weniger pflichtgetreu zu wahren oder gar direkt zu Gunsten des anderen Kontrahenten zu verletzen. Ist dies nachweisbar, so wird regelmässig [124]) die Einrede des arglistigen Verhaltens gegen den Vermittler begründet sein; lässt sich aber ein solches betrügerisches Handeln nicht darthun, so kann in der blossen Annahme einer zweiten Belohnung an sich noch nicht wohl ein dolus des Vermittlers gefunden werden [125]). Etwas anders gestaltet

---

Anm. 121. Ein Versuch, diese Streitfrage aus der Welt zu schaffen, ist durch den sogenannten Dresdener Entwurf in Art. 736 gemacht worden. Der Artikel bestimmt: „Der Mäkler kann, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, die Mäklergebühr von dem Vertragschliessenden, auf dessen Ansuchen er einen Vertrag vermittelt hat, unverkürzt fordern, auch wenn er von dem andern Vertragschliessenden eine Belohnung angenommen hat." Dass damit kein Freibrief für etwaigen *dolus* des Vermittlers gegeben ist, versteht sich von selbst, eine andere gesetzliche Bestimmung dieser Art kenne ich nicht.

Anm. 122. Wusste der Auftraggeber von jenem zweiten Lohnversprechen, sei es, dass ihm der Mäkler selbst davon Mitteilung machte, oder dass er es sonstwie erfuhr, und er erteilte dem Mäkler dennoch den Vermittlungsauftrag, bzw. machte von seinem Vertragswiderrufsrecht keinen Gebrauch, so liegt hierin eine Billigung der Annahme des weiteren Vergütungsversprechens und gleichzeitig ein Verzicht auf die spätere Geltendmachung der *exceptio doli* gegen den Mäkler (vgl. hierüber R.G.E. 4, S. 222 f.; Striethorst Archiv 54, S. 333; R.O.H.G. 7, S. 91; Makower, Komm. zu Art. 272, Ziff. 4, H.G.B.).

Anm. 123. Vgl. Gruchots Beiträge 17, S. 793 und Striethorst Archiv 62, S. 104; desgl. Neubauer, S. 43 f. und Motive II, S. 514 f.

Anm. 124. Vorsicht ist auch hier geboten, da, wie schon früher bei der Besprechung der Pflicht zur Unparteilichkeit erwähnt wurde, z. B. im blossen Bestreben, den Kaufschilling herabzudrücken, noch nicht immer ein einseitiges Wahrnehmen der Interessen des Kaufliebhabers zu erkennen ist, unter Umständen vielmehr hierin gerade die Absicht, den Kauf sicher zu Stande zu bringen, liegen kann (vgl. hierüber Seuff. A. 14.229; 39.208).

Anm. 125. Ähnlich das O.A.G. Darmstadt in einem Erkenntnis aus dem Jahre 1858 (vgl. Seuff. A. 14.229): „Eine stillschweigende Aufkündigung des dem Mäkler vom Verkäufer erteilten Auftrags zur Vermittlung eines Hausverkaufs liegt in der Annahme

sich die Sache, wenn man die Streitfrage unmittelbar auf die Vermittlung eines Kaufvertrags einstellt und so formuliert: Macht ein mit der Vermittlung eines Kaufs betrauter Unterhändler, dem von seinem Auftraggeber ein Mäklerlohn bereits versprochen worden ist, sich einer dolosen Verletzung der Interessen seines Auftraggebers schuldig, wenn er sich ohne Wissen des Letzteren auch von dem anderen Kontrahenten einen Mäklerlohn zusichern lässt? Die Gefahr der Untreue bei einer derartigen Vermittlung erscheint — wegen der Behinderung in der Auffindung eines besser zahlenden Käufers — so gross, dass man leicht geneigt ist, mit Kräwel die Frage unbedingt zu bejahen [126]) und sich auch seinen daran angeknüpften Ausführungen anzuschliessen, in denen er sagt: „Dass im Vorhergehenden eine Kollision der Interessen anzunehmen ist, liegt so sehr im natürlichen Rechtsgefühl, dass man meinen sollte, es gehöre zu dessen Rechtfertigung kein grosser Aufwand

einer Honorierung von Seiten des Käufers noch nicht. (R.O H.G. 9, S. 40, 9, S. 240, Z. 8, S. 187; Stengleins Zeitschrift IV, N. F. 223).

Anm. 126. In Gruchots Beiträgen 20, S. 688 f. Dieselbe Ansicht ist vertreten in Striethorsts Archiv V, S. 91 in Beziehung auf Kommissionäre und Geschäftsagenten und in Bd. 62, S. 104 ff. der Entscheidungen des Preuss. Obertribunals. Dort wird die gedachte Frage deshalb bejaht, weil ein Mäkler, dem von seinem Auftraggeber eine nach Höhe des Kaufpreises bemessene Provision für die Beschaffung eines Käufers versprochen ist, wenn er von einem Kauflustigen, den er vorschlägt, sich nochmalige Provision zusichern lässt, in der Auffindung eines besseren Käufers behindert ist. Auch in Striethorst 70, S. 331 wird die Ansicht Kräwels ausgesprochen, wenn gesagt ist: „Derjenige, der die Vermittlung eines Kaufgeschäfts für den Verkäufer übernommen hat, darf nicht zugleich auch einen Vermittlungsauftrag vom Käufer annehmen, und wenn er dies dennoch thut, so begeht er eine unerlaubte Handlung, weshalb er aus dem Auftrag keinen Vorteil herleiten darf.“ Dieser Auffassung des früheren Preuss. Obertribunals, dass eine Interessenkollision ohne Weiteres anzunehmen sei, wenn jemand den Auftrag zur Vermittlung eines Kaufgeschäfts sowohl vom Käufer als vom Verkäufer annehme, sind mit Recht (vgl. auch Anm. 128) weder das Reichsgericht noch das Reichsoberhandelsgericht beigetreten (vgl. R.G.E. 4, S. 222, R.O.H.G. 7, S. 240, S. 909). Die von uns vertretene Ansicht der Reichsgerichte ist ausser an den eben genannten Orten, insbesondere in einem Urteil des I. Zivilsenats vom 7. März 1885 (Juristische Wochenschrift des Anwaltvereins, Jahrgang 1885, S. 16 und R.R. II, S. 91) sehr deutlich zum Ausdruck gebracht. Es heisst dort unter anderem: „Wenn auch beim Abschliessen eines Kaufgeschäfts die Interessen der beiden Vertragschliessenden einander insofern entgegenlaufen, als jeder Teil so vorteilhaft als möglich abzuschliessen wünscht und die Kaufbedingungen für jeden Teil in demselben Masse vorteilhaft, wie für die andere Partei nachteilig sind, so stimmen ihre Interessen doch darin überein, dass beide Teile das Zustandekommen des Geschäfts wünschen, daher die Erzielung einer solchen Ausgleichung der entgegengesetzten Interessen bei Vereinbarung der Vertragsbedingungen anstreben, dass der Abschluss des Geschäfts dem Interesse beider entspricht. Der Vermittler, der in diesem Sinne thätig ist, dient nicht entgegengesetzten Interessen, sondern dem gemeinsamen Interesse beider Teile. Er kann einen darauf gerichteten Auftrag ohne Pflichtverletzung von beiden Teilen annehmen und ausführen.“

von Rechtsgelehrsamkeit. Derjenige, der dem Vermittler zuerst den Mäklerlohn versprochen hat, hält sich mit Recht für hintergangen, sobald der Vermittler auch noch vom Gegner ein Mäklerlohn sich versprechen liess, denn der Mäkler hat als Gegenleistung für das ihm besonders zugesicherte Mäklerlohn die Verpflichtung übernommen, in dem besonderen [127]) Interesse des Auftraggebers thätig zu sein" und doch dürfte, insbesondere auch im Hinblick auf die Ausführungen in Anm. 124 und Anm. 126 a. E., Kräwels Urteil etwas zu apodiktisch gefasst sein [128]). Es kommt vielmehr, um den bei der vorliegenden Streitfrage in der Litteratur üblichen Ausdruck zu gebrauchen, grundsätzlich auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer „Interessenkollision" an. Sobald es offensichtlich ist, dass die Interessen des Auftraggebers und seiner Gegenpartei einander unbedingt entgegenlaufen [129]), was übrigens keineswegs die Regel ist, darf der Vermittler keine zweite Lohnvergütung ohne Wissen des Auftraggebers annehmen; thut er es dennoch und der Nachweis der entgegengesetzten Interessen wird erbracht, so verliert er seinen Anspruch auf Belohnung. Dasselbe gilt dann, wenn der Mäkler nach angenommenem und seinem Geschäftsherrn gegenüber verschwiegenem zweiten Lohnversprechen bei Vermittlung des Geschäfts die Interessen des Geschäftsherrn verletzt hat, sei es, weil die Möglichkeit beide Aufträge pflichtgetreu auszuführen nach Lage der Verhältnisse von Anfang an ausgeschlossen war, sei es, weil er, trotz der etwa vorhandenen Möglichkeit eine Kollision zu vermeiden, die Interessen des anderen Kontrahenten in bevorzugter Weise

---

Anm. 127. Das besondere Interesse darf aber jedenfalls kein einseitiges sein, dies würde sich mit dem Begriff des Vermittelns schlecht vereinigen lassen (vgl. § 8 bei Anm. 43 ff.)

Anm. 128. Ausnahmen von einer dolosen Handlungsweise des Vermittlers lassen sich auch bei der zuletzt angenommenen Sachlage sehr wohl denken; ferner ist nicht massgebend, ob, wie Kräwel sagt, derjenige, der dem Mäkler zuerst den Mäklerlohn versprochen hat, sich für hintergangen hält, sondern ob er wirklich hintergangen ist (vgl. auch v. Hahn, zu Art. 272, Ziff. 4 (Comm.) S. 301; Z. 22, S. 268 ff.; Seuff. A. 25.210; Neubauer S. 18 ff.; S. 43 f.; R. R. II, S. 89 ff.)

Anm. 129. R.O.H.G. 7, S. 91; Makower Komm. zu Art. 272, Ziff. 4; Poehls Handelsrecht § 59, S. 130 f.; R.G.E. 4, S. 222 und S. 290; Busch A. 13, S. 407, Motive II, S. 514 f., Striethorst Archiv 19, S. 258. Eine ganz eigenartige und vereinzelt dastehende Ansicht ist in Band 40, S. 168 der Blätter für Rechtsanwendung aufgestellt. Dort heisst es: „Ein Unterhändler ist befugt, von beiden Teilen sich Vergütung für seine Bemühungen auszubedingen oder nach Umständen ohne ausdrückliche Verabredung hierüber zu verlangen, selbst wenn eine wirkliche Kollision der Interessen der Kontrahenten bestände, da der gegen § 22, I, 13 des Preuss. Allg. L.R. handelnde Beauftragte nach § 25 bis 27 a. a. O. wohl zur Vergütung des entstandenen Schadens verpflichtet ist, nicht aber seiner Ansprüche aus der Geschäftsvermittlung verlustig geht." Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten.

wahrnahm; sobald diese Handlungsweise des Mäklers nachgewiesen ist [130]), hat er seinen Anspruch auf Vergütung verwirkt und zwar jedenfalls gegen den ersten Auftraggeber, unter Umständen auch gegen den anderen, wenigstens wenn dieser, als der den Vorteil geniessende, von dem Recht der Einrede Gebrauch macht.

2. durch Verjährung.

Wie alle Klagerechte, so verjährt auch der Lohnanspruch für den Mäkler nach Ablauf einer gewissen Zeit. Die dem Vermittler durch den Prätor gewährte *extraordinaria petitio* [131]) ist *personalis* und *longissimi temporis*; nach gemeinem Recht erlöscht sonach der Anspruch des Vermittlers auf Gebühr in der regelmässigen Verjährungszeit von 30 Jahren. In verschiedenen Partikularrechten so z. B. in Württemberg [132]) und Hessen [133]) sind kürzere Verjährungsfristen eingeführt. Das Württembergische Recht lässt in Art. 1 Ziff. 7 und Art. 2 l. c. die Gebührenforderungen der Mäkler, wenn sie nicht durch Faustpfand versichert sind, mit Ablauf von 3 Jahren erlöschen, wobei allerdings das ganze Anfangsjahr nicht mitgerechnet wird und die Frist erst mit dem 1. Januar des darauffolgenden Jahres zu laufen beginnt. Ähnlich sind die gleichfalls auf 3 Jahre festgesetzten Bestimmungen des Hessischen Gesetzes. In Preussen erlöscht gemäss § 2 N. 2 des Gesetzes vom 31. März 1838 der Anspruch auf Mäklerlohn in 4 Jahren [134]).

B) An verschiedenen Stellen dieser Arbeit ist hervorgehoben worden, dass dem Mäkler für resultatlose Bemühungen kein Anspruch auf Vergütung zusteht, dass er vielmehr infolge des aleatorischen Charakters des Mäklerververtrags das Risiko des Erfolgs zu tragen hat.

Hieraus ergiebt sich ohne Weiteres, dass der Mäkler ausser dem für den Fall des Zustandekommens des Geschäfts vertrags- oder usancemässig festgesetzten Lohn, von besonderer Vereinbarung abgesehen, nichts, somit auch keine Auslagen zu fordern hat. Dieser in der Natur des Mäklervertrags begründete und ihm eigenthümliche Lehrsatz [135]) hat unbedingte

---

Anm. 130. Der Nachweis der unredlichen Handlungsweise des Mäklers, der entgegengesetzten Interessen und der Unmöglichkeit, die zwei Aufträge *bona fide* auszuführen, liegt dem Beklagten ob, der die *exceptio doli* bzw. die Einrede aus § 22 I, 13 des Allg. Preuss. L.R., der Provisionsforderung des klagenden Vermittlers entgegensetzt. Der Beweis ist zwar schwer, häufig geht aber das betrügerische Handeln und die Kollision der Interessen unmittelbar aus dem thatsächlichen Verhältnisse hervor (vgl. hierüber R. R. II, S. 92 f.)

Anm. 131. Vgl. § 10 dieser Arbeit bei Anm. 43.

Anm. 132. Gesetz vom 6. Mai 1852, Art. 1, Z. 7; Art. 2 und 3.

Anm. 133. Gesetz vom 14. Juli 1853, § 2, N. 5.

Anm. 134. Vgl. Neubauer S. 32.

Anm. 135. Der Rechtsgrund für diesen Lehrsatz liegt in der Annahme, dass

Giltigkeit im gemeinen Recht[136]), so dass eigentlich auf die Frage, ob dem Mäkler ein Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen zukommt, gar nicht mehr näher einzugehen wäre, wenn nicht doch, teils infolge der Heranziehung und Anwendung nicht hergehöriger handelsrechtlicher Bestimmungen[137]), teils infolge falscher Analogieschlüsse aus den Mandats- und Vollmachtsgeschäften[138]), entgegengesetzte Ansichten in der Litteratur und Iudikatur Fuss gefasst hätten.

So findet sich z. B. im Württembergischen Archiv in Bd. 12 N. 18 S. 242 eine Entscheidung des Württembergischen Obertribunals aus dem Jahre 1863[139]), in der ausgeführt ist, dass, „wenn das beabsichtigte Geschäft aus irgend einem ausserhalb des Mäklers liegenden Grunde, z. B. weil der

die zur Ausführung der Arbeit gehörigen Kosten Sache desjenigen sind, der sie übernommen hat, um den Lohn zu verdienen und in der weiteren Annahme, dass bei der durch Gesetz, Vertrag oder Gewohnheit fest bestimmten Höhe der Gebühr zu vermuten ist, dass mit ihr der die Dienste Leistende endgiltig abgefunden ist.

Der thatsächliche Grund für jenen Grundsatz wird vor allem darin zu suchen sein, dass die Schätzung der Bemühungen und Auslagen äusserst schwierig ist, dass es den Vermittlern häufig an der erwünschten Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit fehlt und man deshalb vorzieht, mit solchen Leuten sich nicht aufs einzelne einzulassen, sondern sie mit einer einmaligen Bezahlung abzuschütteln. Schon aus diesem rein praktischen Grunde sollte man an dem hier vertretenen Gesichtspunkt festhalten. Jede Vereinfachung des Rechts ist als ein Vorteil für das Publikum und den Richter anzusehen, dass die gemeinrechtliche Auffassungsweise in diesem Fall eine Vereinfachung bedeutet, wird niemand zu leugnen im Stande sein. Es ist deshalb auch mit Freuden zu begrüssen, dass der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für d. D. R. in der zweiten Lesung in § 587 den Passus aufgenommen hat: „Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zu Stande kommt".

Anm. 136. Zu vgl. Seuff. A. 23.39; 45.13; Z. 15, S. 554; 8, S. 172; 22, S. 267; R.O.H.G. 9, N. 66, S. 198 ff.; Stengleins Zeitschrift 5 (N. F.) S. 128; Neubauer S. 25; Dernburg, Preuss. Privatrecht II, § 190, S. 596; Sintenis § 119, S. 692, Anm. 10. Der Rechtssatz hat auch Aufnahme gefunden im sogenannten Dresdener Entwurf in A. 738 und im Sächs. Bürgerl. Gesetzbuch von 1863 in § 1258 (vgl. auch Schluss von Anm. 135). Da weder in Art. 82 noch in Art. 83 des A. D. H.G.B. etwas über den Ersatz von Auslagen gesagt ist, darf man wohl mit Recht annehmen, dass jener aus dem Wesen des Mäklervertrags folgende Rechtssatz in gleicher Weise für den amtlichen Handelsmäkler und für den Privathandelsmäkler gilt. Die nämliche Ansicht ist vertreten in Stengleins Zeitschrift V (N. F.) S. 128, R.O.H.G. 11, S. 198 ff., Busch A. 4, S. 226; auch Puchelt im Komm. zum H.G.B. zu Art. 82 und 83 ist dieser Meinung. Den Unterschied, den er macht zwischen gewöhnlichen und aussergewöhnlichen Auslagen, halte ich nicht für richtig.

Anm. 137. So z. B. von Art. 290 des H.G.B., dessen Anwendung mit Bezug auf Absatz 2 sogar auf die Privathandelsmäkler zweifelhaft erscheint.

Anm. 138. Vgl. Württ. Archiv 12, N. 18, S. 242, Unterholzner Schuldverhältnisse II, § 522; für Hessen vgl. Archiv für praktische Rechtswissenschaft (N. F.) I S. 343.

Anm. 139. Es ist zu bemerken, dass in Württemberg in Ermanglung besonderer gesetzlicher Bestimmungen über das Vermittlungsgeschäft gemeines Recht gilt.

Auftraggeber es schliesslich nicht seinem Interesse entsprechend gefunden habe, nicht zum Abschluss gekommen sei, ein Mäklerlohn zwar nicht gefordert werden könne, wohl aber in solchem Falle der Beauftragte aus dem Mandatsverhältnisse eine nach der Grösse der einzelnen Dienstleistungen und Auslagen bemessene Vergütung anzusprechen habe, die dann vor der Zuerkennung genau liquidiert werden müsse." Das Hereinziehen von Mandatsgrundsätzen in die Lehre vom *pactum proxeneticum* ist unbedingt unrichtig[140]).

Den nämlichen Fehler begeht Unterholzner im zweiten Band seiner Lehre von den Schuldverhältnissen § 522 S. 376, wo er den Auslagenersatzanspruch auf lex 1 Cod. mandati 4, 35 stützt, desgleichen v. Holzschuher in seiner „Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts" S. 802 Note.

Fasst man demgegenüber, um an Beispielen die Unrichtigkeit jener Anschauungen darzulegen, die Hauptfälle im Auge, die sich beim Vermittlungsgeschäft denken lassen, so findet man folgende Möglichkeiten:

1. das fragliche Geschäft ist regelrecht zu Stande gekommen und der Mäklerlohn verdient,
2. das Geschäft ist zwar zu Stande gekommen, aber wegen betrügerischer Handlungsweise geht der Mäkler seines Honorars verlustig,
3. das Geschäft ist aus einem vom Auftraggeber sowohl als vom Mäkler unabhängigen Grunde nicht zum Abschluss gebracht worden und der Mäklerlohn demgemäss nicht begründet,
4. das Geschäft ist nicht zu Stande gekommen, weil der Mäkler dolos gehandelt hat und der Mäklerlohn ist deshalb verwirkt,
5. das vollständig vorbereitete Geschäft ist nicht zum Vollzug gebracht worden, weil der Auftraggeber arglistiger Weise den Abschluss verhindert hat.

In allen diesen 5 Fällen kann von einem Anspruch des Mäklers auf Erstattung von Auslagen keine Rede sein und zwar scheiden sofort aus der Fall unter Ziffer 1, weil ja hier der Mäkler seinen die Auslagen mitumfassenden Mäklerlohn erhält und der Fall unter Ziff. 3, da ja nach bekannten Grundsätzen der Mäkler die vergeblichen Aufwendungen an Zeit und Geld zu tragen verbunden ist. Ebenso kommen Fall 2 und 4 in Wegfall, da der Mäkler für seinen „dolus" nicht noch eine Extravergütung beanspruchen kann. Aber auch im Fall 5 sind keine Auslagen zu erstatten,

---

Anm. 140. Vgl. § 10 dieser Arbeit. Entweder der Mäkler handelt als Mäkler, dann haben wir ein Mäklergeschäft vor uns, bei welchem der nicht dolose Rücktritt des Auftraggebers keine Auslagenersatzpflicht im Gefolge hat, oder er handelt als Mandatar, dann gehört das Geschäft gar nicht in die Lehre vom Mäklervertrag und steht ausserhalb des Bereichs dieser Arbeit.

da wie früher gezeigt wurde [141]), der Mäkler bei arglistiger Umgehung seiner Person durch den Geschäftsherrn einen Anspruch auf den verabredeten, usancemässigen oder äussersten Falls vom Richter abzumessenden Lohn besitzt und neben der Mäklergebühr keine Auslagen vergütet werden. Der einzige Fall — abgesehen von einem ausdrücklichen diesbezüglichen Versprechen des Auftraggebers, in welchem der Mäkler einen Anspruch auf Auslagen haben könnte — oder richtiger, zu haben scheint, denn auch dieser Fall schwindet bei näherer Betrachtung — wäre dann gegeben, wenn ihm vom Auftraggeber ein Lohn auch für den Fall des Nichtzustandekommens des beabsichtigten Vertrags zugesichert worden wäre [142]), in diesem Fall liegt aber kein eigentlicher Mäklervertrag vor, sondern eine *locatio conductio operarum* [143]). Es ist endlich die weitere Möglichkeit denkbar, die übrigens teilweise unter den zuletzt erwähnten Fall fällt, dass der Auftraggeber den Vermittler nur mit der Zuweisung einer passenden Person beauftragt und ihm schon nach dieser Leistung die Vergütung zugesichert hat, ihn aber nachträglich noch zur Realisierung des Geschäfts benützt. Die Auslagen, die der Mäkler bei dieser letzteren Thätigkeit aufwendet, kann er allerdings ersetzt verlangen, aber nicht in seiner Eigenschaft als Mäkler, sondern als Bevollmächtigter, als Mandatar.

Ein Anspruch auf Auslagenersatz lässt sich sonach aus den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Mäklervertrags nicht konstruieren; will der Vermittler sich in dieser Hinsicht sichern, so steht es ihm jeder Zeit frei, eine diesbezügliche Bestimmung in den Vermittlungsvertrag aufnehmen zu lassen.

Da es kein Recht des Mäklers auf Ersatz von Auslagen giebt, so kann es auch keinen Verlust dieses Rechtes geben.

§ 10.

Stellung des Mäklergeschäfts im Rechtssystem. [1])

Von den frühesten Zeiten an bis auf den heutigen Tag ist die Stellung des Vermittlungsgeschäfts im Rechtssystem eine sehr

---

Anm. 141. Vgl. den Text bei Anm. 42 in diesem Paragraphen.

Anm. 142. Und zwar deshalb, weil der Lohn hier regelmässig, wenn nicht eine feste Summe vereinbart worden war, in einer Bezahlung der einzelnen Dienstleistungen besteht, wobei dann der Aufwand an Mühe, Geld und Zeit und die gemachten Auslagen der Berechnung zu Grunde gelegt werden.

Anm. 143. Vgl. Anm. 31 in § 10 dieser Arbeit.

Anm. 1. Wenn eine grössere Anzahl der in diesem Paragraphen citierten Stellen aus Schriften rein handelsrechtlichen Inhalts geschöpft sind, so erscheint dies

bestrittene gewesen. Dies nimmt um so mehr Wunder, als der rechtliche Inhalt desselben durch grosse Einfachheit sich auszeichnet. Fragt man nach dem Grund für diese auffallende Thatsache, so wird man ihn unter anderem darin suchen müssen, dass eine Vermittlung, wie dies in der Natur des Begriffs begründet liegt, niemals ganz selbständig vorkommen kann, sondern stets neben sich ein anderes Rechtsgeschäft voraussetzt, zu dem sie in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht und dessen Eigentümlichkeiten sie sich anpassen muss.

Dadurch lässt sich der Vermittlungs- oder Mäklervertrag trotz seiner Einfachheit weniger leicht in feste juristische Formen bringen und dieser Umstand hat seinerseits die meisten Gesetzgebungen abgehalten, für das Mäklergeschäft bestimmte ausschliessliche Rechtsgrundsätze aufzustellen. „Doctrin und Praxis verfielen deshalb in das Bestreben", wie Laband auf Seite 2 bemerkt, „das Vermittlungsgeschäft unter eine Rubrik der römischen Kontraktsformen zu bringen, sie wählten dazu vorzugsweise das Mandat", aber auch andere Rechtsgeschäfte, wie z. B. die *locatio conductio operis* und *operarum* wurden zu diesem Zweck herbeigeholt. Damit hatte man einen falschen Weg eingeschlagen, von dem man merkwürdiger — und man darf wohl beifügen — bedauerlicher Weise bis auf den heutigen Tag noch nicht ganz abgekommen ist; und doch spricht schon die Thatsache, dass die von den Vermittlern innerhalb ihrer Berufssphäre ausgeübte Thätigkeit eine ganz eigenartige, von derjenigen anderer Berufsarten verschiedene ist und dass sie deshalb auch einen speziellen Namen führt [2]), dafür dass sie mit der Thätigkeit anderer Personen (Mandataren, Mietern etc.) nicht identifiziert werden darf. Es ist vielmehr über jeden Zweifel erhaben und soll schon zu Beginn dieses Paragraphen hervorgehoben werden, dass dem Mäklervertrag eine besondere Stellung im Rechtssystem gebührt.

Wegen der Ähnlichkeit und Verwandtschaft desselben mit anderen Rechtsverhältnissen ist es aber immerhin interessant, die Vergleichungspunkte bezw. Unterschiede zwischen diesen und dem Mäklergeschäft sich genauer anzusehen, umsomehr als der rechtliche Inhalt des Mäklervertrags selbst durch eine derartige Gegenüberstellung an Klarheit nur gewinnen kann.

Ebenso verlangt das historische Interesse ein näheres Eingehen auf jene Theorien über das Wesen des Vermittlungsgeschäfts. Die nächste und letzte Aufgabe der vorliegenden Arbeit wird somit darin bestehen, die

---

insofern als berechtigt, als für die Frage nach der Stellung des Mäklergeschäfts im Rechtssystem der in anderen Beziehungen wichtige Unterschied zwischen Handels- und Zivilmäklern ohne Bedeutung ist.

Anm. 2. Vgl. Anm. 20 in § 2 dieser Arbeit.

dem Mäklervertrag rechtsähnlichen und rechtsverwandten Geschäfte einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen.

Wenn man so häufig [3]) versucht hat, das *pactum proxeneticum* unter den Begriff des Mandats zu stellen, so lässt sich dies damit erklären, dass der Mäkler regelmässig [4]) nur in Folge eines Auftrags thätig wird und trotz seiner Selbständigkeit im Auftreten von dem Willen des Auftraggebers bis zu einem gewissen Grade abhängig erscheint. [5])

Mit dieser Erklärung soll übrigens keine Rechtfertigung jener Ansicht von der Mandatseigenschaft des Mäklervertrags gegeben werden, denn einmal entstehen viele Vermittlungsgeschäfte, ohne dass ein spezieller Auftrag vorausgegangen ist [6]) und ferner gäbe es, wenn man jeden Geschäftsmann, der zufolge eines Auftrags thätig wird, als Mandatar und das ihm aufgetragene Geschäft als Mandat betrachten wollte, schliesslich überhaupt im Rechtsleben nur noch Mandatsgeschäfte. Dem Handwerker, bei dem man etwas bestellt, dem Kaufmann, dem man etwas abkauft, dem Künstler, dem man die Ausführung eines Kunstwerks überträgt, ihnen allen erteilt man mittelbar oder unmittelbar einen Auftrag [7]) und doch würde es Niemandem in den Sinn

---

Anm. 3. Makeldey in Bd. 4 des Lehrbuchs des heutigen römischen Rechts § 391, Z. 4: „Eine besondere Art von Mandatarien sind die Mäkler“.; Thibaut, Pandekten, Bd. 2, 518: „Ist der Mandatar ein Mäkler (*proxeneta*), so wird das Honorar insbesondere *proxeneticum* genannt; Brinkmann § 121: „Das Verhältnis des Mäklers zu demjenigen, für den er den Abschluss des Geschäfts vermittelt, gehört unter den Gesichtspunkt der *locatio conductio* oder des Mandats. Ähnlich von Hahn, Comm. I, 7. Titel, S. 168, § 4; Hamburger Gerichtszeitung, Bd. II, S. 217 ff. und Z. 8, S. 188 (Urteil des Obergerichts zu Hamburg vom 4. Oktober 1861): „Da die rechtliche Stellung des Mäklers lediglich diejenige eines Mandatars ist.“ Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 46, S. 187: „Ein Mäklergeschäft kann sehr wohl als Ausführung eines Mandats angesehen werden.“ Das Schweizerische Obligationenrecht bestimmt in Art. 405, dass die Vorschriften über den Auftrag auch beim Vermittlungsvertrag zur Anwendung zu kommen haben (vgl. dagegen die Entwürfe zu einem Schweizerischen Obligationenrecht von 1869—1872 und 1876).

Anm. 4. Vgl. in § 7 dieser Arbeit den Text nach Anm. 23.

Anm. 5. Vgl. hierüber das beim Unterschied zwischen dem Vermittler und Stellvertreter bezw. Boten in § 7 a. E. Gesagte.

Anm. 6. Vgl. § 7 dieser Arbeit bei Anm. 23.

Anm. 7. Vgl. Endemann, „Das deutsche Handelsrecht“, 4. Auflage, § 188 S. 683; L. S. 9 und Z. 8, S. 180. Dort heisst es: „Der Ausdruck „beauftragen“ wird häufig unter Verhältnissen gebraucht, wo ein Mandatsvertrag ausgeschlossen ist, indem man z. B. einen Dienstmann beauftragt, einen Brief abzugeben oder einen Schneider, Schuhmacher, Künstler u. s. w. beauftragt, gegen einen bedungenen Preis ein Kleidungsstück, Schuhe, Gemälde u. s. w. zu fertigen. Damit nun nicht die Grenzen zwischen *mandatum*, *locatio conductio*, *emtio venditio* und den Innominatkontrakten verwischt werden, ist in jedem einzelnen Fall die Natur des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts unter Berücksichtigung der einschlagenden faktischen Verhältnisse festzustellen“.

kommen, das dabei entstehende Rechtsverhältnis als Mandat anzusehen und zwar einfach deshalb nicht, weil der Auftrag in diesem Falle nicht das *essentiale* des Geschäfts bildet. Ebenso ist beim *pactum proxeneticum* nicht das durch die Erteilung des Auftrags zwischen Mäkler und Auftraggeber entstandene Verhältnis das Wesentliche, sondern die Vermittlung des Geschäfts, zu deren Durchführung dem Mäkler ein viel freierer Spielraum in jeder Beziehung gewährt ist, als dem Mandatar bei Ausführung des ihm erteilten Auftrags.

Aber auch wegen der Unentgeltlichkeit des Mandats erweist sich jene Theorie — jedenfalls vom Standpunkt des reinen römischen Rechts aus — als unhaltbar. Besonders deutlich ist dieser Punkt von Laband hervorgehoben worden [8]) und zwar in so ausgezeichneter und erschöpfender Weise, dass es für einen jüngeren Juristen am rätlichsten erscheint, nach dem Vorbild der Doktorkandidaten früherer Jahrhunderte auf des Meisters Worte zu schwören und dessen Ausführungen wörtlich wiederzugeben.

Zuerst sagt Laband auf Seite 4 mit Rücksicht auf das römische Recht: „Da es im Wesen des Mäklergeschäfts liegt, für jedes vermittelte Geschäft das entsprechende Honorar zu erhalten, da das proxeneticum der einzige Hebel ist, der die Thätigkeit des *proxeneta* in Bewegung setzt, so passt das Mäklergeschäft schlecht zu dem Mandat, dessen erster Grundsatz heisst: *mandatum nisi gratuitum, nullum est.* [9]) Wenn Jemand, aus Freundschaft für einen Anderen und im Auftrage desselben, seine Geschäfte zu fördern bestrebt ist und den Abschluss derselben vermittelt, so mag dies häufig die Natur eines Mandatsverhältnisses annehmen, keineswegs aber kann man dies ausdehnen auf das Verhältnis des Mäklers zu seinem Committenten, wo der Mäklerlohn stets ausbedungen oder für stillschweigend zugestanden

---

Anm. 8. Vgl. Bucher, „Das Recht der Forderungen", § 115: „Das Mäklergeschäft darf nicht mit dem Mandat verwechselt werden, weil es nicht unentgeltlich übernommen wird". Weiske's Rechtslexikon 7, S. 15: „Beim Mandat darf nicht von Anfang an eine Vergeltung für die Mühewaltung ausgemacht sein, weil dies mit den freundschaftlichen Gesinnungen im Widerspruch stehen würde, die als Grundlage des Vertrags gelten. Andernfalls geht das Geschäft in die Formen der Miete oder des Innominatkontrakts über"; Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 38, S. 60; v. Keller, Pandekten, § 345, S. 651; Straccha p. I, cr. 7.

Anm. 9. L. 1, § 4, Dig. 17, 1: *mandatum nisi gratuitum nullum est nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces, interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit* und § 13, J. III, 26: *In summa sciendum est, mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere, nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse: et ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur.*

erachtet wird [10]). Es ist daher zweifellos, dass das Mäklergeschäft nach römischem Recht unter das Mandat nicht gerechnet werden kann." Im Hinblick darauf, dass die Germanisten [11]) meistens der Ansicht sind, das Mäklergeschäft gehöre zu dem Mandat, und diese Ansicht damit begründen, dass das Mandat nach deutschem Recht nicht notwendig ein *negotium gratuitum* sei, ja dass vielmehr in der Regel Jemand, der aus der Besorgung gewisser Aufträge ein Gewerbe mache, selbst ohne vorherige Abredung eine Belohnung fordern könne, ohne dass das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Auftraggeber darum aufhöre, ein Mandat zu sein und dass es ja auch schon im römischen Recht mit dem Begriff des Mandats vereinbar gewesen sei, dass der Mandatar ein Honorar erhalte, im Hinblick auf diese von den Germanisten starr festgehaltene Ansicht und zur Bekämpfung derselben, führt Laband auf Seite 8 weiter aus: „Die Stichhaltigkeit dieses — nämlich des soeben wiedergegebenen, von den Germanisten angeführten — Grundes an sich muss zuvörderst bestritten werden. Wenn man einzelne Geschäfte unter römische Vertragskategorien bringen will, so kann man diese Kategorien nicht unter der Hand verfälschen. Das *mandatum* ist im römischen Recht so wesentlich einseitig, die Unentgeltlichkeit ist ein so essentieller Bestandteil seines Grundbegriffs [12]) und alle vom Mandat geltenden Einzelbestimmungen hängen so innig mit dem Grundbegriff zusammen, dass es geradezu unmöglich ist, die Lehre vom Mandat auf wesentlich zweiseitige Geschäfte anzuwenden. Wenn es auch wahr ist, dass alte deutsche Praktiker [13]) solche Geschäfte Mandatsverträge nennen, so ist dies eben nur eine falsche Bezeichnung; in der Wahrheit sind dadurch solche Geschäfte ebensowenig Mandatsverträge geworden, wie die Walfische ihres Namens wegen Fische. Die falsche Bezeichnung der älteren Juristen erklärt sich

---

Anm. 10. Darauf, dass der Mäklerlohn für stillschweigend zugestanden erachtet wird, selbst wenn es an einer vorhergehenden Vereinbarung hierüber zwischen den Parteien fehlt — wenigstens bei allen gewerbemässigen Vermittlern (vgl. § 9, Anm. 64) — ist meines Erachtens besonderes Gewicht zu legen. Selbst diejenigen Schriftsteller, welche die Verabredung einer eigentlichen Bezahlung — nicht nur eines Honorars — schon nach späterem römischem Recht beim Mandat für zulässig erklären (vgl. z. B. Sintenis, § 113, Note 8) können nicht behaupten, dass die stillschweigende Gewährung einer Belohnung ohne vorhergegangenes diesbezügliches Versprechen mit dem römischrechtlichen Mandatsbegriff vereinbar sei. Auf die Streitfrage, ob die Unentgeltlichkeit dem Mandatsbegriff der Jetztzeit noch entspricht oder nicht, kann in dieser Arbeit nicht eingegangen werden, es wird in derselben die Auffassung des klassischen römischen Rechts vom *mandatum* zu Grunde gelegt.

Anm. 11. Mittermaier II, § 539; Gerber § 199, Anm. 1; Poehls I, S. 112 ff.

Anm. 12. Ähnlich K., §. 5, S. 250.

Anm. 13. Vgl. auch Anm. 3 dieses Paragraphen.

sehr natürlich durch das Bestreben, die Schablonen der benannten römischen Kontrakte überall, wo irgend möglich anzuwenden, man übersah aber dabei, dass Geschäfte, welche äusserlich und ihrem materiellen Inhalte nach identisch zu sein scheinen, wegen gewisser Modifikationen sich nach ganz verschiedenen Vertragsgattungen von einander sondern, dass z. B. anscheinend dasselbe Geschäft bald Mandat, bald Dienstmiete, bald Innominatkontrakt sein kann, wie dies Gajus so klar in der lex 22 D. de praescr. verbis 19. 5 erläutert.“ Nachdem Laband im Folgenden zur Abweisung der Mandatstheorie auf das, was schon zu Anfang dieses Paragraphen erörtert wurde, zu sprechen kommt, dass nämlich manche Vermittlungsgeschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag ausgeführt und dass andererseits viele Geschäfte, die nicht Mandate sind, durch einen Auftrag eingeleitet werden und ferner die Thatsache hervorhebt, dass der Mäkler im Unterschied zum Mandatar die Interessen beider Kontrahenten zu wahren hat [14]), sagt er am Schluss: „Wenn daher schon die Romanisten früherer Zeit sehr geirrt haben, den *proxeneta* als Mandatar aufzufassen, so ist der Irrtum der Germanisten, welche den Sensal als Mandatar betrachten, um so gröber und es wäre wohl besser, wenn sie die richtige Erkenntnis der heutigen romanistischen Doctrin adoptierten, als dass sie den Irrtum früherer Zeiten mit einer angeblich durch das deutsche Recht geschehenen Verballhornisierung des römischen zu entschuldigen versuchen.“

Diesen Ausführungen Labands mag noch beigefügt werden, dass unter den Anhängern der Theorie von der Mandatseigenschaft des Mäklergeschäfts Verschiedene [15]), um über das schwierige Erfordernis der Unentgeltlichkeit beim Mandat hinwegzukommen, sich dadurch zu helfen suchten, dass sie dem *proxeneticum* den Charakter der Belohnung, der Vergütung für geleistete Dienste absprachen und ihm den des Honorars beilegten. Auf diese Weise glaubten sie den Mäklervertrag leichter unter die Lehre vom Auftrag unterbringen zu können, da ja die Annahme eines Honorars durch den Mandatar dem Rechtsbegriff des Mandats nicht entgegenstehe. In Wirklichkeit ist aber bei diesem Versuch nur eine Umwechslung des Wortes Belohnung in die Bezeichnung Honorar vorgenommen worden, das Wesen des *proxeneticum* hat keine Veränderung erlitten, es ist und bleibt eine wahre Vergütung für geleistete Arbeit, ohne die der Mäkler seine Thätigkeit gar nicht beginnen würde, auf die er schon bei Eingehung des Vermittlungsgeschäfts mit Bestimmtheit rechnet und die er für den Fall ihres Ausbleibens nach zu Stande gekom-

Anm. 14. In der Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen findet auch das Erkenntnis des O.A.G. in Darmstadt in Seuff. A. 14.229 den Unterschied zwischen Mandat i. e. S. und Mäklergeschäft; desgl. Puchelt in Busch A. 13, S. 430 oben.

Anm. 15. So z. B. Thibaut in seinen Pandekten § 866, (vgl. auch K., S. 251).

menen Geschäft klagweise verfolgt; mit dem nicht klagbaren, von Anfang an gar nicht erwarteten, den Charakter eines Geschenks an sich tragenden Honorar des Mandanten an den Mandatar hat das *proxeneticum* durchaus nichts gemeinsam.

Ausser aus den erörterten Gründen kann der Mäklervertrag auch deshalb nicht unter den Mandatsbegriff subsumiert werden, weil der Vermittler, wie schon früher [16]) gezeigt wurde, bei Ausübung seiner Thätigkeit keinen eigenen Kontraktswillen erklärt, sondern einer jeden der beiden Parteien den Vertragswillen der anderen übermittelt, während der Mandatar seinen eigenen Willen der anderen Partei mitteilt. Häufig wird der Vermittler allerdings neben seinem Vermittlungsauftrag noch den Auftrag zur Übergabe oder Empfangnahme von Waaren und Preis, allgemein ausgedrückt einen Abschliessungsauftrag erhalten. Dieser Auftrag entspricht dann einem Mandat, bei dessen Ausführung erscheint der Mäkler aber nicht mehr als Mäkler, sondern als Mandatar und ist auch in rechtlicher Beziehung dementsprechend zu beurteilen [17]). Endlich unterscheidet sich der Vermittler vom Mandatar dadurch, dass letzterer vorwiegend im Interesse des Auftraggebers thätig ist, während der Mäkler bei seiner Thätigkeit in erster Linie auf sein eigenes Interesse bedacht ist und viel selbständiger auftritt als der Mandatar [18]). Dass er, wie oben bemerkt wurde, nebenher die Interessen beider Kontrahenten berücksichtigen muss, steht hiermit nicht im Widerspruch.

Anm. 16. Vgl. in § 7 dieser Arbeit den Text zwischen Anm. 28 u. Anm. 29.

Anm. 17. Den soeben ausgedrückten Gedanken spricht — allerdings hauptsächlich vom Standpunkt des Preussischen Rechts aus — Rocholl in R.R. II., S. 77 mit ähnlichen Worten aus, wenn er sagt: „Vom Mandat scheidet sich der echte spezifische Mäklervertrag, wie er in der allgemeinen Anschauung des bürgerlichen Lebens existiert, aufs Bestimmteste durch die Stellvertretung, welche dem Mandatar das Recht giebt, ein Rechtsgeschäft für den Auftraggeber und statt seiner zu betreiben (§ 5 I. 13, Allg. Preuss. L. R.). Wenn auch das gemeinrechtliche Mandat nicht diesen engeren Begriff des Allg. L. Rs. hat, vielmehr auch die Prokura und Kommission des heutigen Rechts in sich begreift, so ist es doch stets darauf gerichtet, dass der Mandatar ein Rechtsgeschäft abschliesse oder ausführe, entweder im Namen des Auftraggebers oder für ihn, während auch nach römischem Recht der *proxeneta* niemals zu einem *agere*, vielmehr nur zu einem *exhibere* berechtigt erschien, seine Thätigkeit als *ministerium* oder *operula* bezeichnet wurden."

Anm. 18. Ähnlich Endemann „Das Deutsche Handelsrecht" § 188, S. 682. „Die Vermittlung wird heutzutage nicht nur durch Übernahme einzelner Aufträge besorgt, sondern ist häufig Gegenstand einer eigenen entgeltlichen Berufsarbeit. Man spricht in allen diesen Fällen von Aufträgen, allein es ergiebt sich von selbst ein Unterschied zwischen den Fällen, in denen Aufträge als ausschliesslich oder doch vorwiegend im Interesse des Auftraggebers ergangene Mandate, wenn auch vielleicht gegen Entgelt erscheinen, und den Fällen, in welchen es sich bei Annahme des Auftrags

In der reichhaltigen Litteratur, die über das Mäklergeschäft besteht, sind noch manche andere mehr oder weniger zutreffende Unterscheidungsmerkmale zwischen Mandat und Mäklervertrag geltend gemacht worden, insbesondere auch bei Besprechung des Allgem. Preuss. Landrechts Teil 1, Tit. 13 (Vollmachtsaufträge) und Teil 1, Tit. 11, Abschn. 8, § 869 ff. (Verträge über Handlungen) im Verhältnis zum Mäklervertrag [19]). Die bisher hier aufgeführten Gründe müssen übrigens — selbst wenn man an dem Moment der Unentgeltlichkeit des Mandats für das heutige Recht nicht festhalten wollte — als hinreichend bezeichnet werden zum Beweise dafür, dass mit dem ächten Mandat das eigentliche „pactum proxeneticum“ nicht verwechselt werden darf.

Auf die bizzare Theorie vom *mandatarius reciprocus*, welche Hommel („rhapsodia quaestionum in foro obvenientium“ Obs. 161) erfunden zu haben scheint, — wenigstens sagt er mit einem gewissen Autorenstolz: *ceterum proxenetam ita definio, ut sit non unica sed duorum inter se contrahentium reciprocus mandatarius* — braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Von Laband hat sie in Anm. 23, Seite 10 eine endgiltige Aburteilung gefunden.

Mit der *negotiorum gestio* ist meines Wissens das Vermittlungsgeschäft nie identifiziert worden, obgleich es, wenn der Mäkler ohne Auftrag zu Gunsten eines Anderen vermittelnd thätig wird, an Anhaltspunkten zum Vergleich zwischen beiden Rechtsgeschäften nicht fehlen würde. Dass ein gewerbsmässiger Vermittler in unberufener Weise, ohne einen Auftrag erhalten zu haben, ein Rechtsgeschäft zwischen zwei Personen vermittelt, welches später thatsächlich zu Stande kommt, und dass er nun unter Berufung auf seine Eigenschaft als gewerbsmässiger Mäkler eine Lohnforderung geltend macht, ist ein Fall, der in der Praxis nicht selten vorkommt. Die Thätigkeit desselben wird hier, vorausgesetzt dass der mangelnde Auftrag nicht

---

wesentlich um die Verwertung der selbständigen, oft berufsmässigen Thätigkeit des Beauftragten handelt“ (vgl. auch den Text in § 7 bei Anm. 27).

Anm. 19. Auf das Verhältnis des Preuss. Allg. L.R. zum *pactum proxeneticum* näher einzugehen, steht ausserhalb des Rahmens der gegenwärtigen Arbeit, es darf genügen auf die wichtigsten Litteraturerzeugnisse hinzuweisen. An der Spitze steht in dieser Beziehung der Aufsatz von Tophoff in Gruchots Beiträgen Bd. 17 (N. F. Jahrg. II), S. 784 ff.: „Wie ist die Thätigkeit der nicht amtlichen Handelsmäkler und der Zivilmäkler nach preussischem Recht aufzufassen“ und die Arbeiten von Rocholl „der Mäklervertrag *de lege ferenda*“ in Gruchots Beiträgen Bd. 20, (N. F. Jahrg. 5), S. 399 ff., und „der Mäklervertrag“ in seinen Rechtsfällen aus der Praxis des Reichsgerichts B. 2, S. 71 ff. Ferner ist zu vergleichen ein Aufsatz von Voigtel in Busch A. 4, S. 216 ff.; weiterhin Gruchots Beiträge 20, S. 683 ff.; 28, S 838; Striethorst A. 5, S. 91; 54, S. 33; 62, S. 104; 79, S. 33; 83, S. 122; Neubauer S. 3 u. 4.

durch nachträgliche Genehmigung ergänzt wird, am ehesten aus dem Gesichtspunkt der *negotiorum gestio* betrachtet werden können. Nach den Grundsätzen des *pactum proxeneticum* lässt sich der Fall nicht entscheiden, denn ein solches ist nicht abgeschlossen worden, auch die Thatsache, dass der Mäkler seine Vermittlungsthätigkeit als Gewerbe betreibt, kann hierin keinen Unterschied begründen. Meistens wird allerdings der klagende Mäkler einen Auftrag von der einen oder andern Seite zu behaupten versuchen, der Beweis für die Erteilung eines solchen liegt ihm ob und gelingt nur selten [20]).

Nächst dem Mandat hat unter den römischen Kontrakten die *locatio conductio* am häufigsten dazu dienen müssen, der Geschäftsvermittlung im Rechtsleben eine Unterkunft zu gewähren und zwar sowohl die *locatio conductio operarum* [21]) als auch die *locatio conductio operis* [22]). Dazu verleiten die römischen Digesten selbst. Wer z. B. die Ansicht vertritt, dass die Gewährung einer Belohnung mit dem römischen Mandatsbegriff nicht vereinbar sei, dem Mandatsgeschäft aber auch keinen eigenen Platz im Rechtssystem einräumen will und demzufolge dasselbe der *locatio conductio* subsumiert, findet in den oben [23]) wiedergegebenen zwei Stellen l. 1, § 4, Dig. mandati 17, 1 und § 13, J. III, 26 eine wirksame Unterstützung. Allerdings muss auf der anderen Seite der Satz in l. 2, Dig. 50. 14 „*nec ex locato conducto erit actio*“ an der Richtigkeit dieser Subsumierung wieder berechtigten Zweifel erregen [24]) [25]).

Anm. 20. Gewisse Vergleichungspunkte zwischen dem *pactum proxeneticum* und dem *mandatum qualificatum* oder dem *contractus aestimatorius* lassen sich wohl finden, doch verlohnen sie die Mühe einer eingehenden Betrachtung nicht.

Anm. 21. Vgl. Lueder-Mencken III, Tit. 2, Nr. 4; Titius § 69; Findekeller p. 2, cap. 6, sectio 2 a. E.

Anm. 22. Vgl. Bayr. Landrecht Th. 4, cap. 9, § 16, Ziff. 2 wo es heisst: „Wer sich nur unterhandlungsweise gebrauchen lässt z. E. ein Däntler oder Vermittler, der ist kein Anwalt, sondern, wenn er sich bezahlen lässt, vielmehr *locator operarum*“. Hiernach scheint es auf den ersten Blick, als unterstelle das Bayr. Landrecht den Mäklervertrag der *locatio conductio operarum*, allein das Bayr. L.R. versteht unter *locator conductor operarum* nicht nur den *locator conductor operarum* im gemeinrechtlichen Sinn, sondern auch denjenigen, der durch seine Thätigkeit eine gewisse Wirkung hervorzubringen, ein Werk herzustellen gegen Lohn sich verpflichtet, d. h. den *locator conductor operis* des gemeinen Rechts (vgl. auch Bayr. L R. IV.. cap. 6, § 1; ferner: Blätter für Rechtsanwendung 43, S. 23; 43, S. 237).

Anm 23. Vgl. Anm. 8 dieses Paragraphen.

Anm. 24. Vgl. Anm. 35 in diesem Paragraphen.

Anm. 25 L. (S. 5) sieht in dem Vorhandensein dieser Stelle — nicht in der Erkenntnis davon, dass die Theorie von der *locatio conductio* falsch sei — den Grund dafür, dass die Juristen, die das Mäklergeschäft als *locatio conductio* bezeichnen, im Verhältnis zu denjenigen, die es als Mandat aufgefasst haben, sehr in der Minderheit sind, obgleich, wie er mit Recht sagt, die Subsumierung des *pactum proxeneticum* unter die *locatio*

Eine gewisse Ähnlichkeit zwischen dem *pactum proxeneticum* und der *locatio conductio* lässt sich bei oberflächlicher Betrachtung thatsächlich nicht verkennen; bei beiden Arten von Geschäften werden von der einen Seite Dienste geleistet und von der anderen eine Belohnung hiefür gewährt und zwar werden bei der *locatio conductio operarum* die Dienstleistungen als solche ohne Rücksicht auf die Vollendung des Werks bezahlt; bei der *locatio conductio operis* dagegen das Resultat der Arbeit, der ökonomische Effekt. Mit der *locatio conductio operis*, dem Werkverdingungsvertrag, ist sonach offenbar die Ähnlichkeit noch grösser als mit der Dienstmiete. Wenn Kuhn S. 252 in Anm. 58 seine Verwunderung darüber ausspricht, dass Laband hierin entgegengesetzter Ansicht ist [26]), so kann ihm vom Standpunkt des heutigen Rechts aus nur beigepflichtet werden. Da der Satz, dass ein Mäklerlohn regelmässig [27]) bloss beim Zustandekommen des vermittelten Geschäfts ausbezahlt wird, allgemein Geltung hat, so wird beim Mäklergeschäft zweifellos auf den Erfolg der Thätigkeit mehr Wert gelegt, als auf die Dienstleistungen selbst und es liegt näher, dasselbe mit der *locatio conductio operis* zu vergleichen als mit der *locatio conductio operarum*, die bestimmte Arbeitsleistungen ohne Rücksicht auf den Erfolg zum Gegenstand hat. Aber selbst wenn jenes Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Belohnung des Vermittlers und dem Zustandekommen des vermittelten Geschäfts bei den Römern [28]) noch nicht zu Recht bestand, so ist die Unterstellung des *pactum proxeneticum* unter die *locatio conductio operarum* nach klassischem römischem Recht dennoch nicht möglich und zwar wegen des damals scharf eingehaltenen Unterschieds zwischen *operae liberales* und *illiberales*. Nur die letzteren konnten den Gegenstand des Dienstmietevertrags bilden. Die *operae liberales* d. h. Dienste, zu deren Leistung wissenschaftliche Kenntnisse, Kunstfertigkeit, besondere Gewandheit oder eine eigentümliche Geschäftsthätigkeit erforderlich sind, oder welche überhaupt infolge ihrer Natur eine Schätzung in Geld nach einem bestimmten Massstab nicht zulassen, waren nach älterem römischen Recht von der *locatio conductio operarum* ausgeschlossen. Zu der letztgenannten Art, die eben deshalb auch *operae locari non solitae* genannt werden, gehört die Mäklerthätigkeit unbedingt, auch von den Römern wurde sie so angesehen [29]),

---

coductio im Vergleich zu der Mandatstheorie immerhin als Fortschritt bezeichnet werden müsse.

Anm. 26. L. S. 7.

Anm. 27. Ausnahmen s. in § 9 (Text nach Anm. 35).

Anm. 28. Vgl. das in § 9 dieser Arbeit bei Anm. 8 ff. im Text Gesagte.

Anm. 29. In der heutigen Zeit ist insofern eine Änderung hierin eingetreten, als der römischrechtliche Unterschied zwischen *operae liberales* und *illiberales* bzw. zwischen

wie unter anderem deutlich daraus hervorgeht, dass das *proxeneticum* in Rom niemals unter den Begriff der *merces* fiel, sondern stets als *honorarium* betrachtet wurde [30]). Während somit nach römischem Recht das *pactum proxeneticum* der *locatio conductio operarum* aus dem eben angeführten Grunde nicht unterstellt werden konnte, so kann dies nach heute geltendem gemeinen Recht deshalb nicht geschehen, weil nicht die Thätigkeit des Vermittlers als solche bezahlt wird, sondern nur das Resultat der Arbeit, das zu Stande gekommene Geschäft [31]).

Aber auch die *locatio conductio operis* muss für den Mäklervertrag ausgeschlossen bleiben. Einmal und vor allem spricht dies die lex 2 Dig. 50. 14 klar und deutlich aus [32]), ferner kann das durch Vermittlung des Mäklers zu Stande gekommene Geschäft nicht als ein *opus* im Sinne des römischen Rechts angesehen werden. Unter *opus* in dieser Bedeutung verstanden die Römer ein Werk, das eine eigentlich mechanische Arbeit, also insbesondere Manipulationen mit körperlichen Dingen, z. B. die Bearbeitung oder Verarbeitung von Mobilien, die Errichtung von Bauten u. dergl. in sich begreift, der Gegenstand der Geschäftsbesorgung muss nach ihrem Gefühl eine Sache sein; die Arbeit des Vermittlers dagegen ist vor allem intellektueller Art, er schafft neue juristische Thatsachen und Verhältnisse, die Herstellung eines *opus* im obengenannten Sinn bildet nicht den Gegenstand seiner Mühewaltung.

Heutzutage wird man allerdings auch geldwerte Leistungen wissenschaftlicher, geschäftlicher, künstlerischer Art unter den Begriff von *opus*

---

honorarium und *merces* durch die anders gestalteten wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere durch die veränderte Auffassung des Begriffs von Arbeit und Lohn vermischt worden ist. Von dieser Auffassung aus ist auch der Passus in Seuff. A. 37.204, „wenn beim Mäklervertrag Honorierung unabhängig, ob das Geschäft zu Stande kommt oder nicht, verabreded wird, so kann der Mäklervertrag als Dienstmiete angesehen werden," eine Stelle, die vom klassischen römischen Rechtsstandpunkt aus nicht gebilligt werden könnte, als richtig zu bezeichnen. Übrigens wurde schon im späteren römischen Recht an dem Unterschied zwischen *operae liberales* und *illiberales*, sowie an demjenigen zwischen *honorarium* und *merces* nicht mehr so peinlich, wie in früheren Zeiten festgehalten.

Anm. 30. Von *honorarium* sprachen die Römer bekanntlich, wenn es sich um die Belohnung von *opoerae liberales* handelte, bei *operae illiberales* und bei *opera* nannte man den Lohn *merces*.

Anm. 31. Nur in dem einen in Anm. 29 erwähnten Fall, wenn nämlich beim Mäklervertrag Honorierung unabhängig vom Zustandekommen des aufgetragenen Geschäfts verabredet wird, konnte der Mäklervertrag — aber auch nur nach heutigem Recht — unter den Begriff der Dienstmiete gerechnet werden. Gegen die Anwendung der *locatio conductio oporarum* auf das Mäklergeschäft spricht sich auch Rocholl aus in R.R. II. S. 77, ebenso gegen die *locatio conductio operis*.

Anm. 32. Vgl. Anm. 35 in diesem Paragraphen.

rechnen können und es würde insoweit der Unterstellung des Mäklervertrags unter die *locatio conductio operis* nichts im Wege stehen [33]), wenn nicht noch einige weitere Punkte zu berücksichtigen wären. Der *operis conductor* muss nämlich das *opus* selbst oder durch seine Gehilfen als ein fertiges Ganze hergestellt haben und dies ist beim Vermittler nicht der Fall, seine Leistungen stellen kein fertiges Werk dar, zum endgiltigen Abschluss gelangt dasselbe erst durch die beiden anderen Kontrahenten, endlich ist nicht zu übersehen, dass die *locatio conductio operis* nur dann zur Perfektion kommen kann, wenn die Parteien über den Preis einig geworden oder mindestens dahin übereingekommen sind, auf welche Weise künftig der Preis bestimmt sein solle, während zum Abschluss des Mäklervertrags eine Einigung über den Mäklerlohn nicht unbedingt erforderlich ist [34]); die *locatio conductio operis* erweist sich demnach gleichfalls sowohl nach römischem als nach gemeinem Recht für die Unterstellung des Mäklervertrags als untauglich [35]).

Da die römischen Kontraktstypen insgesammt nicht passen, so bleibt jetzt nur noch übrig, das *pactum proxeneticum* als eigenartigen Vertrag anzusehen. Als solcher — häufig unter Benützung der allgemeinen Bezeichnung eines Innominatkontrakts — ist auch der Mäklervertrag von allen denjenigen Juristen [36]) aufgefasst worden, die den Unterschied desselben

---

Anm. 33. Vgl. K. am Schlusse seines Aufsatzes.

Anm. 34. Vgl. K. S. 253.

Anm. 35. Dass das *pactum proxeneticum* unter keine der bekannten römischen Kontraktformen subsumiert werden darf, ergiebt sich auch daraus, dass in den Digesten ihm ein eigener Titel vorbehalten worden ist; dessen Inhalt zudem mit klaren Worten ausspricht, dass das Mäklergeschäft weder als Mandat noch als *locatio conductio* angesehen werden soll. Hätten die römischen Juristen das *pactum proxeneticum* als eine Unterart der letztgenannten Rechtsgeschäfte angesehen, so hätte sie es sicher im Zusammenhang mit jenem behandelt. Ob der Satz in lex. 2, Dig. 50. 14. *Idem dico et si aliquid philanthropi nomine acceperit, nec ex locato conducto erit actio* mit L., S. 5, Anm. 10 dahin auszulegen ist, dass der Mäkler auch für den Fall der Gewährung eines *philantropum* nicht gleich einem Mandatar hafte, und dass man auch nicht *ex locato conducto* klagen könne, weil diese Klage überhaupt nicht stattfinde, oder ob Kuhns Auslegung auf S. 253 zutreffender ist, dass das *pactum proxeneticum* auch im Falle der Gewährung eines Lohns nicht zur *locatio conductio* werde, diese Vertragsgattung vielmehr ausgeschlossen erscheine, ist ziemlich bedeutungslos. Jedenfalls ist in der besagten Stelle deutlich ausgesprochen, dass der Mäklervertrag weder dem Mandat noch der *locatio conductio* zu unterstellen ist; (s. auch Straccha p. 1, er. 8). (Für *locatio conductio* überhaupt vgl. auch Anm. 26 in § 9).

Anm. 36. Bucher § 115, S. 393; L. S. 7, Anm. 14; Weiskes Rechtslexikon 7, S. 804; Puchta § 315; Goeschen § 513; Windscheid II, § 404, Anm.; Schorch § 6, Straccha p. ult. particula 3, N. 2 ff.; Silberrad cap. 4, § 13, Findekeller pars. II, cap. 6, sectio 2; Matth. Wesenbeccius ad. Dig. 50.14; Accursius ad. Dig.

vom Mandat, der *locatio conductio* und den übrigen ähnlichen Vertragsformen richtig erkannt hatten.

Die Römer haben dasselbe zweifellos nicht zu den eigentlichen Kontrakten gerechnet, dies geht deutlich aus lex 3 Dig. 50. 14 hervor und lässt sich ausserdem aus der geschichtlichen Entwicklung nachweisen, welche die eine Dienstleistung im weitesten Sinn in sich begreifenden Geschäfte in Rom aller Wahrscheinlichkeit nach durchgemacht haben [38]).

Ursprünglich [39]) konnten bei den Römern, wie früher gezeigt wurde, sogenannte *operae liberales*, *studia liberalia* nicht zum Gegenstand eines zweiseitigen Vertrags gemacht werden, höchstens mochten sie unter den Begriff des einseitigen unentgeltlichen Mandats fallen, eine Belohnung konnte derjenige, der aus persönlicher Neigung oder wegen seiner besonderen geistigen Befähigung für einen anderen seine Thätigkeit entfaltet hatte, gerichtlich nicht verlangen, auch wenn dieselbe ihm im Voraus versprochen oder nachträglich zugesichert worden war [40]), er war auf die Gutwilligkeit des anderen angewiesen, wenn er nicht etwa mittels einer *stipulatio* [41]) sich ein *honorarium* ausbedungen hatte. In diesem Fall entstand für den Stipulanten eine ordentliche Klage, eine *ex stipulatu actio* zur Geltendmachung des erlangten Anspruchs, doch war das damit verbundene Verfahren wegen seiner rigorosen Formerfordernisse [42]) nicht dazu angethan, in einem im Rechtsverkehr weiter vorgeschrittenen Gemeinwesen häufig zur Anwendung zu gelangen. Die rechtliche Schutzlosigkeit desjenigen, der *operae liberales* gewährte und die hier-

---

50.14; Noodt ad. Dig. 50.14; Voet ad. Dig. 50.14 (Tom. II), §. 1; Cujacius Paratitla ad. Dig. 50.14; Seuff. A. 37.307; Blätter für Rechtsanwendung 38, S. 60; 39, S. 389.

Anm. 37. *De proxenetico solent praesides cognoscere* vgl. ferner insbesondere lex 22, Dig. de praescriptis verbis 19. 5. *Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur; quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis.* Vgl. l. 2 Dig u. l 5, § 2, Dig 19.5, l. 1, Cod. 4.35.

Anm. 38. Vgl. § 9 dieser Arbeit in Anm. 63 u. Anm. 43 ff. in diesem Paragraphen.

Anm. 39. Vgl. den Text dieses Paragraphen bei Anm. 29 u. 30.

Anm. 40. Eine eigentliche rechtliche Verpflichtung hinsichtlich des versprochenen Honorars war nach damaligen römischen Rechtsbegriffen eben nicht begründet, selbst wenn die Geschäftsbesorgung stattgefunden hatte (l. 5, § 2, Dig. 19.5); unter Umständen d. h. bei offenbar betrügerischem Verhalten seitens des Empfängers der Dienstleistungen half man sich mit der *actio doli*. (l. 5, § 3, Dig. l. 15, Dig. 19.5).

Anm. 41. Vgl. l. 3, l. 7, Cod. de rerum permut. 4.64.

Anm. 42. Gegenwart der Parteien, Einheit des Aktes, Frage des Stipulanten und übereinstimmende Antwort des Promittenten.

aus folgende Benachteiligung gegenüber demjenigen, der sogenannte *operae illiberales* oder *mercenariae* leistete, war zu augenscheinlich, als dass ein solcher Zustand auf die Dauer haltbar gewesen wäre.

Man sann selbstverständlicher Weise auf Abhilfe und da man mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit des Mandats nicht brechen, auch die *operae liberales* noch nicht als Gegenstand der *locatio conductio* annehmen wollte, schon deshalb nicht, weil die streng festgelegten Klageformeln es nicht zugelassen hätten, so lag es am nächsten, den gewöhnlichen Ausweg zu wählen und eine *extra ordinem cognitio* eintreten zu lassen.

Die Erteilung der *extraordinaria petitio* geschah durch den *praetor* oder *praeses provinciae* in einer von ihm vorgenommenen *extraordinaria cognitio* [43]). Die *petitio* selbst diente sowohl zur Einklagung eines vorher versprochenen als auch eines nachher verwilligten Honorars, nur scheint sie anfänglich an die Voraussetzung geknüpft gewesen zu sein, dass das Versprechen auf eine bestimmte Summe Geldes laute [44]). Später wurde diese Einschränkung jedenfalls beseitigt [45]). Damit war der Mangel einer ordentlichen Klage gehoben. Der Vermittler, dem ein *proxeneticum* in Aussicht gestellt worden war, konnte, wenn er seinerseits seine Verbindlichkeit vollständig erfüllt hatte, als Kläger mittels der *extra ordinem petitio* die Erfüllung des Vertrags von der Gegenpartei, dem Beklagten [46]) fordern. Die Zurückforderung des Geschehenen *condictione causa data causa non secuta* [47]) war, da die geschehene Erfüllung auf seiner Seite regelmässig *in praestatione facti* besteht, für ihn ausgeschlossen, wohl aber konnte er statt auf Auszahlung des verabredeten Honorars auf sein Interesse klagen [48]). Hatte der Gegenkontrahent betrüglicher Weise sein Gegenversprechen nicht gehalten, so fand im römischen Recht die gewöhnliche *actio doli* statt. An Rechtsschutz fehlte es dem *proxeneta* jetzt nicht mehr. Der so gestaltete Rechtszustand konnte bei der Reception des römischen Rechts füglich übernommen werden. Nachdem der mit dem römischen Institut der Klageformeln zusammenhängende Unterschied zwischen eigentlichen formalen Kontrakten und formlosen uneigentlichen Verträgen bei uns weggefallen ist, so läge an sich

---

Anm. 43. Cf. Dig. Justinianeae editio Florentina: *praeses provinciae de proxenetico cognoscit et constituit salarium secundum qualitatem negotii et laboris.*

Anm. 44. Weiske's Rechtslexikon 7, S. 15, l. 56, § 3, Dig. 17.1; l. 17, Cod. 4.35; Schorch § 6; Findekeller p. II, cap. 6. sectio 2.

Anm. 45. So lesen wir bei Voet ad Dig. 50.14, § 1: *potest proxeneticum extra ordinem petere, sive certum promissum sive incertum.*

Anm. 46. Desgl. von den Erben des Beklagten, wie auch andererseits die Erben des *proxeneta* als Kläger auftreten konnten.

Anm. 47. L. 5, § 1, Dig. 19.5; l. 3, § 2, l. 5, pr. Dig. 12.4.

Anm. 48. L. 7, Dig. 19.5.

nichts mehr im Wege, die Mäklerthätigkeit irgend einer passenden Vertragsrubrik zu unterstellen, also z. B. dem *mandatum* der *locatio conductio operis* oder der *locatio conductio operarum.* Im Vorhergehenden ist gezeigt worden, dass alle die versuchten Subsumierungen aus dem einen oder andern Grunde als unthunlich erscheinen, es ist deshalb, wie gleich zu Anfang dieses Paragraphen hervorgehoben wurde, der Vermittlungsvertrag als ein eigenartiger Vertrag anzusehen und ihm unter dem Namen Mäklervertrag eine besondere Stellung im Rechtssystem anzuweisen.

Ob man ihn, wie es von Endemann und Kuhn [50]) geschehen ist, unter die umfassende Klasse der Arbeitsgeschäfte rechnen will oder ihn den Dienstleistungsverträgen im weiteren Sinn unterstellt, wie dies Sintenis [51]) thut, ist eine Frage, die für eine Monographie über den Mäklervertrag zu weit führen würde.

Für den Gesetzgeber ist es zweckmässig, den Mäklervertrag bei den auf eine Dienstleistung oder Werklieferung gerichteten Schuldverhältnissen zu behandeln, da er mit diesen am meisten Ähnlichkeit besitzt und sich nach ihrer Analogie entwickelt hat [52]).

Anm. 49. L. 5, § 3, Dig. 19.5.

Anm. 50. Endemann „das deutsche Handelsrecht" 4. Aufl., Abschn. 5, § 171, S. 616 ff.; § 188, S. 683; § 190, S. 689; K. S. 254.

Anm. 51. Sintenis Pand. § 119, S. 689 ff.; desgl. R.R. S. 78.

Anm 52. Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich hat dem Mäklervertrag in der ersten Lesung im 7. Titel des 2. Abschn., des 2. Buches neben dem Dienstvertrag und Werkvertrag seine Stellung eingeräumt; (ebenso in der zweiten Lesung).